

SCRITTI GERMANICI
DI DITTO CRIMINALE

SCRITTI GERMANICI
DI DITTO CRIMINALE

O P E R A

**CHE PUÒ FORMAR SEGUITO E COMPIMENTO ALLA TEORICA
DEL DITTO PENALE DI A. CHAUVÉAU**

Prima versione italiana

CON NOTE RIGUARDANTI LA LEGISLAZIONE IN VIGORE

NEL REGNO DELLE DUE SICILIE

TOMO SECONDO

N A P O L I
GIOVANNI PEDONE LAURIEL
EDITORE
~~~~~  
**1852**



## SUL RISULTATO DI ALCUNE MODERNE INVESTIGAZIONI SOPRA L'IMPUTAZIONE DEGLI STATI DUBBIOSI DELL'ANIMO

OSSERVAZIONI DI MITTERMAIER

ESTRATTE DAL TOMO XVI. FASC. I. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE,  
ANNO 1835 (a).

È una delle più importanti quistioni, che si possano presentare al legislatore ed al giudice, quella, in cui si domanda: sotto quali condizioni debba considerarsi soppressa l'imputazione a motivo di perturbazioni di spirito. Nel rispondere a questa ricerca, la quale rinvia il criminalista ai risultati delle investigazioni della medicina forense, non è lieve la difficoltà, che sorge dal contrasto delle più differenti opinioni fra gli psicologi e i medici, per modo che il giudice, cui vengono presentate sovente perizie contraddittorie intorno all'imputabilità, si trova nel caso di dover decidere e del parere da preferirsi, e della imputazione. La biasimevole premura, occasionata dalla ferocezza delle leggi penali di tempi andati, di sottrarre gli incolpati al braccio della giustizia punitrice, ed una mal intesa umanità, allargarono soverchiamente il circolo di quegli stati, che dovevano sopprimere l'imputazione. E certe teoriche, le quali non si possono interamente assolvere dal rimprovero di materialismo, diedero al corpo tanta influenza sull'attività dello spirito, che, dovunque si presentava un'afezione morbosa, era facile ragionare d'imputazione soppressa. Così fu attribuita gran potenza alla gravidanza, all'epilessia, alle malattie dello sviluppo. I fenomeni di quegli stati, in cui l'animo fatto schiavo d'immagini pazzesche lotta con le voci del dovere, o cova sordamente l'esecuzione d'un criminoso disegno, o selvati-

camente contrasta alle voci ammonitrici della coscienza, si confusero coi segni di effettivi scompigli spirituali; nacquero false idee intorno all'umana libertà, ed alla forza della ragione, la quale si può opporre ancora alle più violente tentazioni; e sovente si cercò volentieri, per motivi nobilissimi, di disculpare i più gravi delitti mediante la potenza irresistibile degli impulsi, e le perturbazioni intellettuali. Dall'altra parte si trasandò parimente in estremi. Si discinobbe affatto la mutua relazione del corpo e dell'animo, ed a questo si attribuì una potestà assoluta di rimuovere ogni impedimento, prodotto dalla materia, con la quale è in tutti gli uomini collegata l'attività dello spirito. Una massima, che non può andare assoluta dal rimprovero di misticismo, trovò dappertutto la disposizione a peccare, volle scorgere una colpa dell'uomo anche nello affezioni morbose, diede una direzione erronea all'imputazione, esagerò la libertà, suppose onnipotente la legge, o condusse a credere falsamente, che dovesse ammettersi l'imputabilità, ognorchè nell'agente esistesse la coscienza, e che solamente le malattie dello spirito potessero considerarsi come motivi capaci di disculpare.

Noi ci vogliamo in questa memoria occupar solamente del risultato delle più moderne investigazioni sopra quegli stati morbosi, che si connettono col caso criminale, che qui ci proponiamo di comunicare, ed ai quali riferiamo l'insania parziale, la così detta insania occulta, il *furor transitorius*, e la *mania sine delirio*.

Rispetto alla prima forma si osservano qualche volta persone, che non ostante la piena sanità, almeno apparente, del loro spirito, sono predominante da una lusa idea. Taluno esemplargia s'immagina d'avere i piedi di vetro; o di essere

(a) Leggi penali — Non esiste reato quando è commesso nello stato di demenza, e di furor art. 61 — Né quando vi fu astretto da forza irresistibile art. 62 — Niun reato può essere scusato né mitigato che quando la legge dichiara il fatto scusabile, e permette una pena men rigorosa art. 63 — Sono esenti da pena i fanciulli minori di anni 9 art. 64 — Per i fanciulli minori di anni 14 art. 65 e 66.

intimato dalla Divinità ad immolare i proprj figli, come una volta Abramo; o di avere un nimico possente, che lo perseguiti per ogni dove. Difficilmente si può affermare in generale, che ogni falsa supposizione basti a sopprimere l'imputazione. L'innamorato, che trova nella donna amata il tipo ideale della bellezza muliebre, mentre gli altri non sanno scorgervi che una donna ordinaria; il geloso, che si reputa dileggiato dalla sua bella, e sacrificato a un rivale; il malinconico, che stima appassiti per lui tutti i fiori della felicità; soffrono il predominio d'una falsa idea, e ciò non ostante sono imputabili. Per altro è cosa pericolosa il volere ammettere l'imputabilità per la ragione, che una sola idea morbosa dominò l'incolpato; perocchè se è difficile riconoscere l'associazione delle idee nelle persone sane, bisogna discendere assai più lentamente ad affermare, che l'idea fissa non ebbe alcuna connessione con l'atto delittuoso (1). Noi non conosciamo le suste, per cui con la rapidità del baleno, ed a tenore di leggi, che ignoriamo, una certa insania influisca sulle risoluzioni di persone, che sono signoreggiate da un'idea morbosa (2), per modo che quegli, che ci sembra soffrire d'una sola idea fissa, dovè si consideri più attentamente si trova allora scompigliato in tutte quante le operazioni dell'animo. L'esperienza ci ammaestra anche qui, che spesso va unita all'insania la più sottile attività intellettuale, e che l'insano sceglie scaltramente i mezzi per arrivare al suo scopo, conserva la memoria delle cose, si distingue per ingegno (3), ed anche negli accessi della sua malattia nasconde prudentemente il suo stato agli altri, od apparentemente ha coscienza di esso, sembra operare ragionevolmente, e si costringe. Quando si rimanga fedeli al principio, che lo stato imputabile nei rispetti del diritto criminale è determinato dall'esistenza della coscienza (cioè della coscienza di sè medesimo, della coscienza del mondo esteriore, della coscienza dell'atto particolare e della sua indole, e della penalità del medesimo); il delitto, commesso da un individuo, affetto da insania parziale, potrà andar libero da imputazione solamente quando a) l'idea

fissa avrà acquistato tanta potenza, da rendere impossibile al malato il sottrarsene, e da esercitare influenza sopra tutta la sua maniera di pensare e di operare (4); quando b) la commissione del delitto sia contemporaneamente in una verisimile connessione con la supposizione predominante; e c) quando questa sia particolarmente adattata a far credere lecita al delinquente la sua azione (5). A tenore di questo principio, se quegli, che a ragion d'esempio crede di avere i serpenti nel cervello, ruba; o quegli, che crede, che un impiegato lo perseguiti, e sia la causa unica della sua disgrazia, uccide il supposto avversario; non andranno liberi da pena. Imperocchè nel primo caso il furto non ha alcuna connessione con la qualità dell'insania, e nel secondo l'agente non si può credere autorizzato dalle leggi ad uccidere il proprio avversario, ancorchè quell'impiegato fosse tale. Se al contrario taluno è dominato dall'idea fissa di avere i piedi di vetro, ed uccide colui, che glieli vuol percuotere con un bastone, andrà impunito; perchè, se la sua supposizione fosse vera, potrebbe esercitare la necessaria difesa contro di quello, che gli vuol rompere i piedi. Così rimarrà impunito colui, che si reputa incaricato da Dio a vendicare i peccati altrui, e che mette a morte il seduttore d'una donzella, perchè è persuaso di aver ricevuto quest'ordine dalla Divinità. Presupposta in fatti la verità di un tale incarico, egli poteva tenere per lecito il proprio fatto.

Se non che altri professano intorno all'insania una diversa opinione, a sostegno della quale militano esatte esperienze patologiche e psicologiche: quella voglio dire, che reputa, che ogni specie di follia abbia il suo fondamento in una malattia dello spirito (6). Accade veramente, che per dipendenza di condizioni corporee, o morali, esempigrazia a cagione d'un amore infelice, o d'un grande affanno, o di rimorsi di coscienza, nasca a poco a poco in colui, che in seguito riconosciamo insano, un'assoluta dissonanza intellettuale, in cui il malato si tormenta con torbide immagini, ingigantite dal suo esaltamento, sino a che final-

(4) Feuerbach esposizione di casi criminali notevoli tom. II. p. 320.

(5) Hoffbauer *Psicologie* p. 125. Hitzig *Giornale di dir. crim. pruss.* fasc. XXI. p. 140. fasc. XXII. p. 351.

(6) Heinroth *Sistema di medicina psicologica* p. 82. Weber *Institut. d'antropologia psicologica* p. 501.

(1) Chambeyron nella traduzione della med. leg. di Hoffbauer p. 101.

(2) Georget sur la folie p. 11. 12.

(3) Notevoli esempi sono riportati nel *ma gazzino di Friedreich per la cognizion dello spirito* fasc. X. p. 143.

mente la fantasia si fa prepotente, ed ora incomincia una confusione d' idee, che s'incalzano tumultuose come nel sogno, e si affacciano in tanto numero, che non si possono ridurre a determinate serie morbide, o tra di esse una sola acquista il predominio, ed occupa lo sciagurato per modo, che oramai non gli è dato più di sottrarsi alla sua tirannide. In quest' ultimo caso si presenta la follia parziale, che si manifesta soltanto nella direzione d' un' idea morbosa, senza che per altro sia permesso affermare, che sotto gli altri rispetti l' infelice sia sano. Qui lo psicologo dee badarsi dal credere di riconoscere esattamente lo stato interno del malato, supponendo, che il morbo consista nella sola fissazione esternata; avvegnachè in quel laboratorio, per noi impenetrabile, delle operazioni dello spirito umano ha forse preso piede uno sconvolgimento totale, che impedisce l' imputabilità, anche quando non possiamo ravvisare alcuna determinata connessione del delitto con la fissazione medesima. Se si analizza accuratamente la così detta insania occulta (1), la cui natura consiste in una malattia lungamente racchiusa nell' uomo, non osservata da altri, e che improvvisamente prorompe con un' azione violenta; non si perviene a farne chiara idea, se non si riporta ad una forma propria di malattia. Anche l' insania occulta ha indubitabilmente radice su di altri stati conosciuti, nei quali non si può muover questione d' imputabilità. Imperocchè od è una *mania sine delirio*, od un' alienazione mentale immatura, non per anco sviluppata pienamente (2), nella quale la fissazione non ha ancora gettato ferme radici, nè occupato tutta quanta la vita dell' anima; o dipende da una dimestichezza (3) a poco a poco acquistata col criminoso disegno, nella quale la lotta con le idee morali sconsigliatrici genera una dissensione spirituale, in cui l' esaltata fantasia, tutta piena d' immagini delittuose, irrita il delinquente con la illusione de' sensi (4) sino al punto che la passione salta al massimo grado si sfoga alla fine col delitto improvvisamente commesso. Qui non v'è ragione di non

considerarlo imputabile il delinquente; perchè quei fenomeni, che si riguardano come segni di alienazione mentale, sono frequentemente le prove della lotta, e della riflessione interiore (5). All' incontro dalle indagini istituite sull' insania occulta risulta una verità importante pel criminalista: che cioè può esistere per lungo tempo una follia parziale in un individuo, nel quale coloro, che l' osservano, non scorgono alcuna traccia di alienazione mentale, anzi gli altri fenomeni della sanità dello spirito, esempigrazia memoria, e retto giudizio di condotta, mentre la fissazione morbosa, che il malato nasconde a bello studio agli altri, acquista ognidì maggior dominio nell' animo suo, e lo addestra a preparare scaltramente i mezzi di arrivare allo scopo con essa congiunto, quando alla fine, occupata tutta la vita dell' anima, e fatta muto la voce della ragione, si manifesta col delitto in una potenza terribile (6). In questo caso il giudice può essere facilmente ingiusto, se troppa fede alle testimonianze delle persone che conoscevano il delinquente prima del fatto, e che dichiarano di non avere osservato in lui alcun segno di confusione di spirito. Lo stato descritto di sopra si può specialmente presentare nelle persone, le quali o credono di avere delle ispirazioni, o degli ordini da Dio, di dover, per esempio, immolare i proprj figli, per dar prova di somma sudditanza, o che sono tormentate da immagini melanconiche (7), la cui forza è accresciuta dai rimorsi di commessi peccati. Questo malato, o perchè la sua fissazione lo mette in connessione immediata con la Divinità, e crede, che gli altri uomini non sieno degni di conoscere le sue ispirazioni, o perchè si vergogna de' suoi rimorsi, e per via del suo turbamento non si vuol esporre al dileggio altrui, cautamente nasconderà nel proprio interno la fissazione morbosa: la quale acquista ognidì nuovo nutrimento, e si estende per modo, che il malato vien ridotto all' impotenza di liberarsene.

(5) In questo rispetto si trovano importanti investigazioni anche nello scritto di Klarus sull' imputabilità dell' omicida Woyzeck, Lipsia 1824 p. 43-49.

(6) Buone osservazioni si trovano in Friedreich Instit. sistem. di psicologia giuridica, Lipsia 1835 p. 582-591.

(7) Sull' influenza della melanconia sull' imputazione V. Berni Instit. di med. for. p. 69, la mia dissert. de alienation. ment. p. 32. Weber Antropologia p. 312.

(1) V. Platner de amentia occulta, e Burckard de insania occulta.

(2) Briaroth Systema ec. §. 64. Weber Antropologia p. 100.

(3) V. la mia dissert. de alienationibus mentis p. 48.

(4) Egli crede, per esempio, di udire delle voci.

Nè sono meno importanti pel giudice criminale l'esperienza dell'esistenza di un *furor transitorius*, in virtù del quale o in individui (1), che soffrono di una qualche perturbazione di spirito, e specialmente di una follia parziale, scoppia repentinamente un accesso di mania, od in persone, in cui per lo innanzi non fu mai osservato alcun segno di alienazione mentale, entra inaspettatamente un delirio di breve durata, che non è seguito, o solamente molto tempo dopo, da altri simili accessi. Le osservazioni dei medici attestano l'esistenza di un simile stato (2). Una malattia corporea, la cui forza diventa improvvisamente così prepotente, da spingere ad azioni violente, e da fare ammutolire la voce della ragione, spiega molto bene i fenomeni avvertiti di sopra.

Se non che merita soprattutto l'attenzione del legislatore e del giudice quello stato, che fu modernamente appellato *mania sine delirio*, i cui particolari consistono in questo: che la malattia prende carattere da un accesso violento, che genera il delitto, senza che per lo innanzi si palesassero segni di scompiglio di spirito, e senza che si mostrino, neppur nel momento dell'accesso, vestigia di coscienza soppressa, tantochè il malato sembra anzi pienamente consapevole del proprio stato. Non si può negare, che l'ammettere una tal malattia richiede una prudenza eminente, e che può esporre a gravi pericoli la pubblica sicurezza. Imperocchè persone, che nella loro vita precedente non hanno offerto alcun segno di scompiglio intellettuale, e che commisero il delitto in maniera, da provare che n'ebbero coscienza, e che ricobbero la sua ingiustizia, possono coprire troppo facilmente il loro dolo sotto il manto di una *mania sine delirio*, ingannare il giudice, e beffarsi della legge. Non è da dissimulare, che molti casi, i quali si proposero come prove di una *mania sine delirio*, si possono risolvere in altri stati, senza la necessità di ammettere una forma speciale di alienazione mentale sotto un tal nome. Questa supposta forma di malattia ha radice o 1) in una mania intermittente, che ritorna a periodi, o 2) in quello stato, che suol chiamarsi *exacerbentia furibonda*, o

3) in una follia parziale, o 4) in un *furor transitorius* (3). Ne si dee rivo-care in dubbio, che a questo capo (specialmente in Francia, sotto il nome di *monomanie homicide*) si riferirono del casi, in cui il delinquente, che si trovava in uno stato di mostruosa rozzezza, e di morale selvatichezza, commise per motivi insignificanti i più brutali delitti, ai quali fu determinato per via di tievissimo stimolo dalla sua bestiale natura. Alla qual cosa tanto più si vuole as-sentire, in quanto che anche in Francia si levarono già delle voci contro di quella monomania (4), e proclamarono, che non di rado la mostruosità del delitto somministrò pretesti a scusare gravissimi delinquenti, ed a proteggere persone estremamente immorali per propria colpa, in tutto similigiani a colui, che abbandonatosi al godimento smoderato del vino seguita a bere, ancorchè sappia di distrugger così quel poco di salute, che gli rimane. La irresistibilità delle passioni è colpevole in questo caso, in cui il giacente nelle catene del peccato ha perduto ogni signoria sopra di sè medesimo: e non è il più delle volte che relativa, in quanto che in questo individuo, già caduto in tanto fondo, diventa prepotente uno stimolo, che per qualunque altro sarebbe leggiero (5). Ma esaminerebbe la questione da un sol lato colui, che indotto dalle riferite ragioni volesse affatto negare l'esistenza di quello stato, al quale abbiamo dato di sopra il nome di *mania sine delirio*. Le più sicure osservazioni insegnano, che si danno dei casi, in cui taluno, dopo aver vissuto in lunga lotta seco stesso, senza esser governato da alcuna fissazione, e dopo aver contrastato alle molteplici tentazioni di un atto, del quale riconosceva l'ingiustizia, si trova ad un tratto irresistibilmente trasportato a commettere la violenza, che costituisce il delitto. Oltre agli esempi riferiti da Pinel, abbiamo quelli attestati da Esquirol (6), e da Georget (7),

(3) V. specialmente Henke nei trattati di med. for. p. 253.

(4) Regnault du degré de competence des medecins dans les questions judiciaires. Paris 1828. p. 19-107. Rossi Traité de droit pénal II. p. 172. Fodéré Essai les diverses espèces de folie vraie, simulée et raisonnée. Strassbourg 1862 p. 92, 163, 289.

(5) Henke nel giornale di dir. crim. pruss. di Hitzig fasc. 10. p. 412. Jaiske nel detto giornale fasc. 30. p. 375.

(6) Note sur la monomanie homicide, Paris 1827.

(7) Sur la folie p. 18.

(1) Friedreich l. c. p. 592.

(2) V. alcuni esempi notevoli nell'archivio d'esperienza medica di Horn, 1817 fasc. 1. p. 73: nel giornale di dir. crim. pruss. di Hitzig tom. II. p. 180: nel trattati di med. for. di Henke V. p. 161.

gli altri inseriti nei Giornali d'Ilitzig (1) e di Henke (2), ed un caso recentemente avvenuto in Francia (3), che fanno fede indubitata di uno stato, in cui l'agente, senza alcuna idea fissa, nè parziale alienazione, fu spinto al delitto, sebbene non si potesse ammettere nemmeno un *furor transitorius*; in quanto che ancora nel momento medesimo dell'azione esisteva nell'agente la coscienza, che manca nella mania propriamente detta. Tutto il momento della questione dipende dallo stabilire, se certe funzioni dell'anima possano soggiacere ad una morbosa affezione, mentre le altre si conservano in una normale attività. E di ciò non è permesso dubitare (4), quando si consideri, che, sebbene rispetto all'intero procedimento della vita tutte le potenze dell'anima si ritrovino in una interna connessione organica, pure ciascheduna di esse insiste nelle sue particolari funzioni, e può ricevere una limitazione nella sua direzione normale. Noi osserviamo in noi stessi una serie di fenomeni, che senza nascere dalla nostra elezione, ed essendo quasi meccanici, determinano la nostra volontà, e generano una confusione, in cui siamo in vero cosa povera delle nostre azioni, e ciò non ostante operiamo altrimenti da quel che vorremmo: come accade quando ci sorprende la vergogna o la panza (5). Noi osserviamo ancora delle malattie, che ci determinano ad una attività contro nostra elezione, mentre abbiamo coscienza della nostra azione, e sentiamo orrore di quello, che facciamo nostro malgrado: come accade nell'infelice assaillito dall'idrofobia (6). Fu un grande abbaglio, che spesso fece errare i giuristi, quello di credere, che quando esista la libertà del giudizio, e l'agente abbia coscienza di ciò che fa, e della legge, si debba sempre ammettere la piena imputabilità. Così non si considerò, che può essere giustamente imputato quel solo agente 1) che ha la coscienza, e da cui 2) dipende l'operare in questo modo, o altrimenti. Noi non imputiamo colui, che firmò uno scritto delittuoso, perchè un altro con la pistola alla mano gli minacciò la morte, se non fir-

mava; avvegnachè secondo quello, che un legislatore ragionevole può pretendere dall'uomo, riconosciamo un impulso esterno irresistibile in sì fatta minaccia. Ora dobbiamo esser conseguenti, e non imputare nemmeno, quando si possa dimostrare, che un impulso interno irresistibile determinasse l'agente a far qualche cosa, che egli non avrebbe mai eletta, se quell'impulso non lo avesse soggiogato.

Si è sovente disputato, se la *mania sine delirio* debba considerarsi come una malattia della volontà. Al che si può replicare negativamente, quando si parta dall'idea, che la facoltà appetitiva non sia malata, e che l'ammalato non voglia l'azione per sè medesima (7). Può farsi certamente parola anche di malattie della volontà: ma nello stato, che noi esaminiamo, non esiste alcuno scompiglio di spirito, ed il morbo sta piuttosto nel trovarsi urtata la volontà da uno stimolo irresistibile (8). Se si concede, e ciò non può esser negato, che si dia una *mania parturientium* (9), per la quale possa liberarsi da imputazione l'impulso d'incendiare (10); bisogna ancora concedere, che in simil guisa certi stati morbosi del corpo possano determinare la volontà ad azioni violente, che non procedono da una libera elezione, e che fanno anzi orrore all'agente medesimo. Nè si può opporre, che persone di questa specie resistessero per lo innanzi a simili tentazioni, ed avrebbero ad esse potuto resistere anche quando commisero il delitto; perocchè le resistenze anteriori provano solamente, che lo stimolo non era pervenuto ancora a quell'altissimo grado, che si verificò, quando il malato fu spinto effettivamente al delitto. A torto si affermò ancora, che questa *mania sine delirio* sia un ritrovato nuovo; perchè anzi la storia della medicina ammaestra (11), che da molto tempo, tutt'ochè meno chiaramente, i medici riconobbero l'esisten-

(7) Groos l. c. p. 74.

(8) V. la mia dissert. de alienation. mentis, p. 30. Friedreich negli annali di med. pub. di Hecker 1834. p. 55. instituz. sistem. p. 337. Chelius Progr. de alienat. volunt. quat. ad med. for. spectant. Heidelberg. 1834.

(9) Friedreich Instit. sistem. p. 694. conf. con Fropier Notizie natur. e med. 1834 num. 868.

(10) Henke Tratt. di med. for. tom. III. p. 187. Pareri di Platner p. 197. Merkel Contrib. alla psicologia giudic. fasc. 2 p. 53.

(11) Conradt de mania sine delirio. Gort. 1827.

(1) Fasc. 5. p. 60.

(2) Giornale di med. pub. 1827. fasc. 3. p. 134, 165, 170.

(3) Il caso della donna Desroches nella gazzetta des tribunaux, 1832, num. 2209.

(4) Friedreich l. c. p. 512.

(5) Groos Dottoria della mania sine delirio, Heidelberg 1830.

(6) Friedreich l. c. p. 615.

za di un simile stato. Il vero punto di vista della nostra quistione si ferma solamente, quando si parla dall'idea, che una morbosa affezione corporea possa generare quelle irresistibili bramosie, che producono il delitto (1). È certo, che nel momento, in cui la bramosia è morbosamente salita al grado supremo, la coscienza dell'ammalato è turbata, in guisa che egli si sente trasportato all'atto violento, senza scorgerne chiaramente la connessione: ma non per questo si può dire, che sia alienato di mente; perocchè prima del successo il combattimento dell'anima, che si ritrae inorridita dal fatto, è collegato con la coscienza, e l'analisi dei casi, in cui furon commessi delitti in simile stato, dimostra, l'agente, ponderando, come fa, i mezzi e lo scopo, si conserva pur sempre consapevole della propria azione (2). Oltre agli autori citati sinora (3), difendono l'esistenza della *mania sine delirio* anche molte gravi autorità di giuristi o di medici (4).

Il timore poi, che l'ammettere questa *mania sine delirio* possa compromettere la pubblica sicurezza, e favorire l'impunità, si dissipa, quando s'intendan bene le condizioni, sotto le quali un tale stato libera dall'imputazione. Occorre in fatti 1) che sia dimostrata l'esistenza d'una malattia corporea, la quale generasse quel cieco impulso, che trasporta all'atto violento. L'esatta investigazione dello stato corporeo dell'accusato, che si scusa mediante l'impulso irresistibile, dimostrerà nei casi, in cui quello stato sia veramente fondato, che la malattia si sviluppò a poco a poco. 2) Bisogna, che da tutti i sintomi risulti verisimile, che la malattia giungesse a quel grado, in cui l'impulso operasse irresistibilmente sopra il malato. 3) Fa d'uopo, che non si presenti vestigio, onde sia dato

desumere, che un motivo di propria utilità spignesse l'agente al delitto; perchè il carattere della malattia è appunto quello di trasportar ciecamente l'agente (5). Se quindi il malato commise il fatto su di una persona estranea, contro la quale non poteva nutrire sentimenti di odio, o contro persone, da lui grandemente amate, dee credersi all'efficacia della *mania sine delirio*. La quale all'incontro diviene inverisimile, quando la invocchino agenti, che commisero il delitto su di persone, verso le quali avevano già concepito odio, o dalla cui morte ritraevano vantaggio (6).

Ciò premesso, riferirò un caso criminale notevole, e tenterò di applicare al medesimo i principj dell'imputazione.

L'otto di maggio del 1831 si presentò al tribunal di Bremgarten, nel caanton d'Argovia in Svizzera, Jacopo Leonardo Koller di Rudolfstetten, di anni 32, campagnuolo, ammogliato, padre di cinque figli, e dichiarò di avere ucciso i due suoi figli minori, uno di mesi 18, e l'altro di 3. Disse che da tre mesi a quella parte era mal sano, avegnachè spesso credeva, che gli scoppiasse il cervello. Aggiunse, che quella stessa mattina gli altri di casa erano andati in Chiesa, che i suoi cinque figli erano rimasti in camera, e che ciascuno de' più piccoli giaceva in una zana separata: che egli avea tagliato col rasojo la gola ad ambedue i suoi bambini, e che, riposto il rasojo nel luogo consueto, era venuto precipitosamente al tribunale: che da tre mesi lo tormentava il pensiero di uccidere i suoi figli, perchè non fossero disgraziati, come lui: che per diverse domeniche avea cercato l'occasione di commettere il fatto, e che nel giorno precedente questa idea si era in lui fermamente radicata: che avea per lo innanzi comunicato ad un prete, di avere questo cattivo pensiero. Disse, che era vissuto in dissensione co'suoi genitori, che la sua moglie stava poco d'accordo con lui, perchè egli dissipava gli averi, e che tutti gli affari da esso intrapresi gli erano riusciti male: che nel corso della vita non avea cominciato cosa, che non avesse avuto cattivo fine. Confessò di aver presi in prestito tre anni fa cinquanta fiorini dal-

(1) Groos l. c. p. 80. Chelius l. c. p. 12.

(2) Si esamini il caso (riportato nel giornale di Hecke 1827. fasc. 3. p. 134.) in cui un certo Lorenzo in Copenhagen diede un assalto micidiale alla propria serva, e nel tempo del medesimo sentì suonare il campanello alla porta di casa, e ritornò alle sue occupazioni.

(3) Si trovano raccolti in una memoria di Friedreich inserita negli annali di Hecker a. 1834. p. I. e segg. V. ancora Friedreich Instit. sistem. p. 499. Chelius l. c. Weber Antropologia p. 482.

(4) *Revue germ.* août 1830. p. 331. Carmignani Leggi della sic. soc. tom. II, p. 188. *Forcip. Nat. di med.* a. 1827. Gen. num. 12.

(5) Si trovano buone osservazioni in questo proposito nell'archivio psicologico di Friedreich a. 1834. fasc. 1. p. 39. V. anche Amelung nel giorn. di med. leg. di Henke a. 1827. fasc. 1. p. 74.

(6) V. la mia dissert. de alienation. ment. p. 42. ed Hoffter Elem. di dir. crim. p. 73. 74.

l'abate di Muri, e quattro o cinque anni avanti altri centocinquanta fiorini, e di aver rilasciato un' obbligazione falsa in nome di suo padre, e di un certo Huster: che io aveva detto ad ambedue le persone, e denunziato all'abate, il quale gli dichiarò, che sarebbe andato in galera: che da quel momento era vissuto in una inquietezza ed in un'angoscia continua: che si era esibito di scontare il suo debito, lavorando al convento, ma che per causa di calunnie non aveva ottenuto lavoro. Il protocollo degli atteggiamenti nota, che Koller mostrò da principio confusione di sensi, ed oppressione di spirito vicino al deliquio, intantochè non si riebbe a forza d'aceto e d'acqua: ma che alla fine dell'esame l'incolpato dichiarò, che si sentiva bene di nuovo. — Nel secondo esame, che ebbe inogo il 13 di maggio, Koller narrò, che nove anni prima, quando era ancor celibe, si era macchiato in Aarau di un fatto vergognoso, e che di diciott'anni era stato indotto a lasciarla nefanda: che un prete, a cui se ne confessò, gli avea dichiarato, che, se l'autorità lo scoprisse, gliene andrebbe la vita: che si era denunziato da sè medesimo all'autorità, la quale lo fece trasportare a casa. Rispetto all'omicidio raccontò, che egli aveva avuto anche prima il disegno di uccidere i figli, e che nel giorno del fatto aveva portato il bambino più piccolo con la zana, in cui giaceva, nella stanza di dietro, e guardato intorno intorno, se v'era persona presente: che il bambino minore, quando ebbe tagliata la gola, dormiva, e che l'altro era sveglio: che dopo il fatto egli avea ripulito il rasojo, e coperto con un grembiale il bambino maggiore, collocato presso la porta, affinchè le persone, che entrassero, non ne rimanessero spaventate: che allora avea stretto la mano ai tre figliuoli rimasti vivi, gli avea esortati ad obbedire alla mamma, e data loro l'acqua santa. Espose di essere stato minacciato da certi suoi creditori: che per via de' falsi documenti avea paura di andare in galera; che ripensando alla propria vita peccaminosa gli era nato il timore, che ancora i suoi figli potessero divenire sodomiti ed essere sciagurati, e che per loro e per lui sarebbe meglio morire. Ripeté che ogni cosa gli era andata a rovescio. Espose, che il pensiero di quella uccisione gli si era svegliato in mente di tempo in tempo, e principalmente lo aveva occupato di notte, quando non poteva dormire, il che da tre mesi in qua gli era accaduto il più delle volte: che la risoluzione di e-

seguire il fatto l'avea definitivamente fermata nella notte precedente: che era venuto a denunziarsi all'autorità per subire la pena, e non esser più un disgraziato. Parlò di nuovo de' suoi atti di bestialità, della sua falsità in documenti, e confessò di non essersi comportato bene verso i suoi concittadini, attribuendo ciò al proprio carattere capriccioso, irascibile, intrattabile. — Nel terzo esame, a cui fu sottoposto il 3 di giugno, confermò le sue precedenti confessioni, ed aggiunse che nel 1826 aveva rubato una pezza di panno dall'imbiancatura: che aveva avuto lungamente il pensiero di uccidersi, ma che poi lo aveva abbandonato per non perdere l'anima: che amava i suoi figli, ma che riputava, che essi avrebbero gridato vendetta, se fossero stati lasciati al mondo così poveri: che poche settimane fa era passato un diverbio fra lui e sua moglie, la quale gli avea detto, che se i figli dovevano somigliare al genitore, sarebbe stato meglio strangolarli: che questa espressione gli era scesa profondamente nell'animo: che nel venir via da casa aveva pensato, che sarebbe punito di tutte le scelleratezze commesse. Dal protocollo degli atteggiamenti non si rileva alcuna traccia di malattia mentale. — Il quarto esame contiene la conferma delle confessioni anteriori intorno al furto ed alla falsità. — Nel quinto esame, tenuto il 31 d'ottobre, Koller dichiarò, che la causa dell'omicidio era stata il timore della galera: che il suo disordine economico, i suoi rimorsi di coscienza per motivo della sodomia, e il tristo pensiero dell'avvenire dei figli lo avevano indotto ad abbandonare la vita, e che avea risoluto di far qualche cosa per levarsi dal mondo: che avea pensato, che il sangue da lui versato si sarebbe dovuto scontare col suo sangue. Confessò ancora di aver nell'ubriachezza percorso due volte, e gravemente, suo padre, da cui per vero dire si trovava maltrattato. — Nel sesto esame, che ebbe luogo a sua richiesta il 28 marzo 1832, l'inquisito dichiarò, che anelava di espiare il suo delitto. Narrò, che nel 1817 il boia aveva esaminato le mani a lui inquisito, allora fanciullo, e detto: « questo ragazzo fabbricherà scrittura false, con le quali ingannerà dei gran signori, ed arriverà fino al punto di uccidere i proprj figli »: che questa predizione gli era tornata in mente più tardi, ma che non vi aveva pensato nel momento che tagliava la gola a' suoi bambini: che la galera sembrava a lui un luogo orribile, a cui preferirebbe la

morte: che il suo difensore gli aveva insinuato di dire, che era pazzo; ma che egli non era pazzo per niente, perchè un pazzo non avrebbe potuto rispondere come lui. Dichiarò di aver sentito un pentimento straordinario del suo delitto, e che, se lo potesse riparare, non indugierebbe: che egli non aveva letto libri da molti anni: che aveva spesso tenuto davanti agli occhi il nuovo testamento senza leggerlo: che gran tempo fa aveva letto nel nuovo testamento e nella imitazione di Cristo: che era stato sempre tribolato dal dolor di capo, ma ora non più così fortemente come prima. Poichè ebbe udito la sua difesa, provò grande affanno, e disse: « io non so comprendere, perchè il tribunale ordini una nuova inquisizione: ancorchè io non stessi bene di capo, contro di che protesto solennemente; sebbene il fatto non fosse certamente da uomo di giudizio, non mi si dee per questo assolvere ». Rispetto allo stato del suo animo nella notte, che precedè il fatto, manifestò, che aveva provato delle angosce, che si era coricato melanconicamente, ma che aveva preso qualche momento di riposo: anzi che era stato meglio che nelle notti precedenti. « Io non fui risoluto (soggiunse) di commettere il fatto, fintautochè non mi vidi solo: allora solamente la mia risoluzione fu stabile: e non avrei, come ho detto, commesso il fatto, se non fosse stata quella fatale obbligazione ».

Nel settimo esame (il 29 di marzo) l'inquisito dichiarò, che aveva posto mano al fatto, disperando di trovar modo, che lo potesse salvare dalla galera: che un momento prima del fatto gli era tornata in mente la sua vita sodomitica: che pensò, che i bambini somiglierebbero il padre, le bambine piuttosto la madre: che i ragazzi diverrebbero peccatori come lui: e che perciò volle estirpare la sua linea mascolina. « Io credetti (proseguì), che le bimbe potessero aiutar la madre, ma che i ragazzi, come troppo piccoli, le sarebbero stati d'aggravio. Mi ripassò per la mente il rimproverò della mia moglie, che sarebbe stato meglio strangolare i bambini, se avessero dovuto imitare il padre. Ma tutto questo non mi avrebbe spinto fino all'omicidio, se non vi si fosse aggiunto il timore della galera. Io sono stato premuroso di dare a' miei figli una sollecita morte. Dichiaro per altro, che non sono pazzo. Pazzo sì che sono nel senso di avere offeso Dio; perchè chiunque fa questo è un pazzo. Ho meritato col mio misfatto la morte, e mi vi preparo con le

orazioni ». L'inquisito raccontò ancora, che aveva ucciso i bambini, dopo averli baciati in fronte, dopo averli aspersi con l'acqua santa, e detto: *Idio consoli le vostre povere anime*: che quella confusione di sensi da lui mostrata nel suo primo esame, quando fu soccorso con l'aceto e con l'acqua, era stata una simulazione, un effetto della sua cattività: che quelli, che lo tenevano per un pazzo, erano più pazzi di lui.

Nell'ottavo esame (17 Aprile) riparlò della predizione fattagli dal boia, ripeté, che il suo difensore lo aveva consigliato a darsi per pazzo, e che il delitto del primo esame era stato simulato. Aggiunse, che per questo motivo aveva dato al giudice istruttore delle risposte stravolte, e che aveva sentito bene quando questi disse sotto voce alle scrivane: « mi pare, che quest'uomo stia poco in cervello ».

Nel decimo esame (12 Maggio 1832) annunciò, che nell'ultima settimana era stato sempre spaventato, credendo, che qualcheuno facesse attenzione alla sua falsità di firme.

Dalle deposizioni de' testimoni uditi risultò ciò che segue. La moglie dell'incolpato, in età di anni 31, disse, che nella mattina del fatto non aveva notato alcuna inquietezza nel suo marito, che la notte era stato tranquillo, e che levatosi dal letto aveva mangiato, com'era solito: che il suo marito amava molto i figli, e che, per quanto ella credeva, gli aveva uccisi per amore: che molto sovente, quando avevano qualche cosa da mangiare, diceva loro: « mangiatene voi, io non ne sono degno, io mi voglio gettare in terra, battelemi »: che quando ella ritornò a casa la mattina del fatto, i figliuoli sopravvissuti le avevano narrato, che il babbo nell'andar via aveva dato loro l'acqua santa: che ella viveva bene con suo marito da otto anni: che bensì per lo innanzi lo aveva spesso rimproverato a cagione della sua vita poco curante del buon andamento della casa, e che nell'ultima primavera egli le replicò, che aveva ragione di rampognarlo: La donna non si seppe ricordare di aver detto un giorno al marito, che sarebbe meglio strangolare i figliuoli, tuttochè non escludesse la possibilità, che le fosse sfuggita di bocca in un momento di sdegno questa espressione. Essa depose, che durante la primavera il suo marito era stato molto abbattuto - che spesso nella notte aveva fatto orazione - che era divenuto misantropo - che si era lamentato di dolor di capo - che sovente si era

coricato di giorno sul letto, e che gli era ripassato per la mente tutto quello, che aveva fatto nel corso della sua vita - che le aveva detto; « tu mi fai compassione, tu sei una povera donna »: che ella aveva trovato talora tutto molle di lagrime il guanciale del marito.

La cognata dell'inculpato non aveva notato in lui nulla di sorprendente prima del fatto. Disse, che il suo carattere era stato sempre bizzarro e ruvido, e che essa lo aveva costantemente sfuggito.

Il padre dell'inquisito depose, che il suo figliuolo dopo il settimo anno era stato sano, che nella prima gioventù si era fatto indocile, e che più tardi, nello stato di ubriachezza, si era mostrato cattivo e dedito agli alterchi: che per via della sua prodigalità non aveva mai dato retta a' suggerimenti de' genitori: che più settimane prima del fatto l'inquisito piangeva spesso ed amaramente, e che, interrogato della cagione, rispondeva, che oramai non v'era per lui più rimedio: che in quest'intervallo il figlio era stato diligente e massalo, e che spesso era andato via dal lavoro per recarsi in camera a pregare. Il padre non aveva alcuna notizia dell'obbligazione.

L'abate di Muri confermò quanto era stato deposto dall'inquisito rispetto all'obbligazione, ma non si ricordò di avergli minacciato la galera.

La madre dell'inquisito espose, che il suo figliuolo nella primavera del 1831 si era sovente lagnato di dolor di capo; che le aveva palesato la storia dell'obbligazione con l'abate di Muri: che gli erano andati a vuoto tutti i tentativi fatti per liberarsene; e che era molto tristo, per paura della galera.

Interrogato il difensore dell'inquisito (Maurer) convenne di aver consigliato a Koller di darsi per pazzo.

I testimoni Süssli e Wiederkehr, nominati dall'inquisito come quelli, in cui presenza gli era stata fatta dal boia la predizione, non si ricordarono di aver udito nulla di simile.

L'attestato del consiglio comunale di Rudolfstetten descrive l'inquisito come un uomo capriccioso, irascibile, di carattere intrattabile: dice, che era stato fino agli ultimi tempi un dissipatore, e non si era portato da buon figliuolo verso i suoi genitori.

Il parere del medico di circondario dichiarò, che l'inquisito era affetto da un' *amentia occulta*, e lo ritenne per non imputabile. Il parere fondato sull'osservazione di due membri del consiglio di sanità di Aarau, a ciò deputati, descrisse

l'inquisito come sano di corpo: che per altro egli soffriva di dolori al capo, e che in lui era frequente l'insonnio: che la coscienza de' suoi peccati, e la paura della pena, e della perdita dell'onor civile, avevano attaccato a poco a poco la sua salute corporale: che l'idea, che i suoi figli sarebbero disgraziati, e che una maledizione pesava sopra la sua discendenza maschile, aveva stabilito in lui una fissazione: che nel momento del fatto egli non poteva considerarsi assolutamente mancante di libertà, perchè altrimenti non avrebbe potuto riconoscere le conseguenze del medesimo, nè la sua morale importanza: che d'altra parte egli non si poteva nemmeno considerare interamente libero: che per la cooperazione di tutte le dette circostanze era nato in lui un tedio della vita, che turbava le sue idee, e lo portava ad erronee conseguenze, tostochè toccava il suo essere e le sue relazioni co' figli: che l'inquisito pativa di una fissazione parziale, e che la ragione era in esso preoccupata, in quanto che si trovava confusa da false idee, ed operava in una sola direzione.

La sentenza del tribunale di circondario, pronunziata il 12 Maggio 1832 con la scissura di un giudice, che voleva assolvere l'inculpato come privo di libertà, condannò a morte l'inquisito, ritenendolo colpevole d'omicidio premeditato a danno de' proprj figli. La sentenza del tribunale superiore, residente in Aarau, pronunziata il 4 Giugno successivo, dichiarò all'incontro non imputabile l'inquisito, e lo assolvè da ogni pena.

Se si considera bene il caso criminale finqui raccontato, si vede, che esso presenta nell'accusato la forma d'un uomo moralmente discorde seco stesso, caduto nella servitù della colpa, fatto sordo alle voci de' più nobili sentimenti, avvilito dalle sue dissolutezze fino alle bestie, disamorato della verità dalla sua propensione alle menzogne e alle frodi. La prodigalità lo avviliò in imbarazzi, per uscir dai quali si trovò spinto al delitto. Per altro la voce della ragione e della coscienza non faceva affatto nell'anima sua. Una combinazione di circostanze, di cui non ci vien dal processo descritta sufficientemente l'importanza, pare che lo traesse fuori da quel fondo di degradazione morale: il sentimento della propria ingiustizia rimase vivo in lui, e generò quello stato di dissonanza, nel quale germogliarono a poco a poco i delittuosi pensieri. Si palesò all'inculpato il bivio della vita. Da un lato gli stava aperta davanti la via di riparare a' suoi

torti con un vigoroso pentimento, e di farlo noto agli altri con una esemplare condotta, confidando nei soccorsi celesti, sottoponendosi a tutto quello, che gli sarebbe mandato da Dio, e sopportando con rassegnazione ogni patimento: ma egli mancava di forza morale per correre questo sentiero. Da un altro lato gli stava di rimpetto spalancata la strada della disperazione, per la quale si gettò l'infelice, che tutto riputava perduto, che non riponea più sua fiducia in Dio, e che non aveva il coraggio morale di levarsi a sublimi pensieri, e di eleggere la rettitudine. In questa disperazione l'intelletto si oscurò, ed una confusione d'idee e d'immagini s'impadronì dell'anima di questo sciagurato. Egli non riconobbe più il mondo esteriore nella naturale sua forma. Una morbosa fantasia, le cui creazioni sogliono sempre ingrandirsi dal disperato, riempì di false rappresentazioni quell'anima. Il suo stato è precipuamente contraddistinto 1) dai gravi rimorsi delle commesse ingiustizie. La colpa apparisce in una forma spaventevole, e martirizza l'infelice. 2) A questa idea si associa il timor della pena, morbosamente ingrandito dal colpevole, e 3) l'angoscia del futuro, la credenza di non avere scampo, dipinge tutto ciò, che circonda il disgraziato, di tali colori, che egli non vede più la via di salvamento, che gli sta dappresso, e s'immagina inevitabile ed orribile ogni più lieve pericolo. Il contrappeso delle forze spirituali è distrutto: la fantasia, non più regolata, travolgendo il vegliante in una vita di sogni, acquista il predominio. False rappresentazioni, immagini morbide imperversarono allora nello spirito dell'infelice. Quindi credè, che i suoi bambini, i quali avrebbero dovuto continuar la sua razza, sarebbero condannati al peccato, e sciagurati come il padre. In questa falsa supposizione, che diventò così forte e dominante, da determinare tutto il modo di pensare e di operare di Koller, si formò un'altra fissazione, quella cioè, che solamente la morte potesse salvare i bambini. E questa fissazione fu nutrita in parte dai patimenti corporei, principalmente dalle congestioni del sangue, e dai conseguenti dolori di testa; in parte dalla memoria di predizioni, che predestinavano l'infelice a commettere il delitto; in parte dall'espressioni della moglie, la quale in un momento di corruccio esclamò, che se i figliuoli dovessero divenire cattivi come il padre, sarebbe per loro una fortuna l'esser levati dal mondo. L'animo preoccupato da un'idea è facil-

mente nutrito nel proprio senso dalle manifestazioni dei terzi: e ciò, che non farebbe la menoma impressione al sano, commove mirabilmente l'individuo morbosamente disposto. La ragione dell'inculpato perde a poco a poco la sua potenza, le idee sconsigliatrici rimangono in lui destituite di forza: la fissazione, che lo signoreggia, ingrandisce le immagini della sciagura, esalta l'angoscia dell'anima, distrugge la possibilità di pigliare un'altra via di salvezza, e finalmente s'impadronisce dell'infelice fino al segno, che tutta la sua maniera di pensare e di operare è determinata dal credere, che i bambini, su' quali si aggrava la maledizione, non abbiano altro scampo che la morte, e che per lui non resti, che l'espiazione della pena, alla quale dovrà soggiacere. Questa fissazione fu ancora capace d'illudere l'infelice fino al punto di fargli tenere per lecita la sua azione. Egli vide nell'uccisione dei figli un mezzo moralmente permesso di salvar loro dalla malvagità, e sè stesso dalla disperazione. La pena mondiale, che sovrasta all'autore dell'omicidio premeditato, non è un male per lui, che la desidera. Lo stato del suo spirito è quello di una follia parziale, dipendente da una fissazione morbosa, la quale determina il suo modo di operare, e glielo rappresenta siccome lecito. A questa asserzione non fa ostacolo la circostanza, che l'inculpato lungamente lottasse seco stesso, il che sembra indicare la cognizione del torto; perocchè questa lotta si presenta, fintantochè la fissazione non è salita al massimo grado di signoria, e non ha gettato nell'anima tali radici, che niuna voce di ragione la possa divellere. Eziandio il vedere, che l'inculpato scelse con intelligenza i mezzi opportuni al suo scopo, esegui il fatto con riflessione, e coscienza di tutte le circostanze ancora concomitanti, e che di queste conservò memoria fedele, non può indurre in errore il giudice; perocchè questa è appunto la natura della follia parziale, di eleggere con intendimento i mezzi allo scopo, stabilito come necessario dalla fissazione, per modo che può agevolmente ingannar le persone, che osservano il malato, il quale giudica rettamente in tutti i rispetti, che non sono connessi con la sua morbosa supposizione. Neppure la simulazione dell'inculpato nel suo primo esame prova nulla contro la nostra opinione; perchè da tutte le deposizioni risulta, che egli non si voleva sottrarre alla pena di morte, ma che anzi la desiderava come mezzo d'espiazio-

ne. L'espressioni del suo difensore sembrano dirette a mostrargli, che egli era tenuto per pazzo, e che in tal modo sfuggirebbe alla pena. Ma egli cerca di mettere il suo difensore in sospetto del tribunale, per prevenire l'impressione, che la difesa potrebbe fare nell'animo de' giudici. Quindi dichiara, che la sua condotta nel primo esame era stata una finzione, affinchè il tribunale non si lasci indurre dalla medesima a tener l'incolpato nel conto di un insano. Nè può meritare alcun peso la sua dichiarazione di

non esser pazzo; non tanto perchè il malato non conosce il vero stato del proprio spirito, quanto ancora perchè la sua malattia prosegue a manifestarsi nel desiderio della pena di morte, e perciò egli si contrappone con ogni sforzo alle impressioni, che potrebbero determinare i giudici ad una sentenza assolutoria.

Laonde, benchè non vogliamonegare, che avremmo desiderato più esatti materiali d'inquisizione, noi riputiamo giusta la sentenza del tribunal superiore.



## DELLA DOTTRINA DEL DELITTO D'INFANTICIDIO

CONTRIBUZIONI DI MITTERNAIER

ESTRAATTE DAL TOMO VII. FASC. 1, 2, 3, E 4. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE (a).

## §. 1.

*Punto di vista del comun diritto criminale germanico intorno all'infanticidio.*

Un esteso esame del delitto d'infanticidio non sembra esser privo d'importanza, quando si voglia ricercare il perchè la Carolina, sebbene nell'art. 127 minacciasse una pena all'omicidio premeditato, commesso a carico di stretti congiunti, prendesse nell'art. 131 in particolar considerazione l'infanticidio, che pur non è altro che una specie di parricidio. Ma ancora indipendentemente da ciò una più profonda investigazione di questa materia è di gran momento pel legislatore e pel pratico; perocchè appena esiste un altro delitto, nel quale ogni punto della essenza di fatto, e dell'applicazione della pena, sia così controverso, e dipenda dalla condizione di tante scienze ausiliari; per modo che, in mezzo a così grandi ed incessanti progressi della medicina legale, varie proposizioni, che pochi anni fa s'inserivano per indubitate nei compendj, ora si riconoscono, o come assolutamente erronee, o come tanto dubbiose, che l'uomo forense non si può ad esse attenere senza grandissima cautela. Quindi io mi credo di non far cosa infruttuosa, tentando d'indagare primieramente il punto di vista del diritto comune rispetto all'infanticidio, di esaminare le vedute delle moderne legislazioni, e poscia di esporre tutti i punti particolari della essenza di fatto, avuto riguardo alle recenti scoperte della medicina, specialmente in proposito della forza probatoria della docimasia polmonale, a fi-

ne di guidare il pratico nella quistione dell'imputabilità delle infanticide. Benchè alcune recenti dissertazioni su questo argomento contengano molto di utile, esse per altro hanno sempre lasciato assai da desiderare (1).

La ragione, per cui la Carolina trovò necessario di parlar separatamente dell'infanticidio nell'art. 131, o si può (1) trovare nel non aver voluto quella costituzione considerare questo delitto come una specie di parricidio, per decretargli una pena men grave, o (2) si può spiegare con l'idea originale di Spangenberg (2), secondo la quale già nel diritto romano la strage dei fanciulli recentemente nati, commessa dalla madre, non si riguardava qual parricidio, e neppur nell'antico diritto germanico si riteneva per omicidio premeditato, in guisa che, sebbene il Cristianesimo stabilisse la penalità dell'infanticidio, rimase pur sempre in vigore l'opinione, che l'uccisione dei figli appena nati, eseguita dai genitori, non fosse parricidio; onde la Carolina, che sempre si attenne alle massime giuridiche, che avevano dominato fino al suo tempo, a tenore delle medesime parolle dell'infanticidio, senza distinguere, se

(1) *Gennep Spec. jurid. inaugur. de infanticidio, Leid, 1814.* Warter *Riflessioni sull'infanticidio, e sulla sua punizione, Lipsia 1822.* Van Mons *diss. medico-leg. de infanticidio, Lovan. 1822.* Brouckere *Comm. in quæst. ab ordin. juriacons. Leodienis, propositam. Commentatur locus de crimine infanticidii ita quidem, ut enarratis iis, quas de hoc crimine jure et legibus præcipuum populum veteris orbis erant sancitæ, nec non recentiorum populum de eo legum præceptis exhibitæ, codicis poemorum, quo nunc utimur, de hoc crimine dispositio critice examinetur, non omittis quas ex medicina forensi ad rem elucidandam spectant, Leod. 1823.* Imbert *diss. de crimine infanticidii, sistens interpretationem et censuram eorum, que jus hodiernum de hoc crimine statuit, Lovan 1822.*

(2) *Nuovo archivio di dir. crim. tomo III. fasc. 1. num. 1.*

(a) Leggi penali. Infanticidio è l'omicidio volontario commesso in persona di un fanciullo di recente nato, e non battezzato, o iscritto sui registri dello Stato civile art. 349 — Inadempimento dell'obbligo di dichiararne la nascita, all'uffiziale dello Stato civile art. 347 — Disposizione circa il loro abbandono, esposizione, o ritrovamento art. 403 a 406.

dalla madre, o dal padre, fosse trucidato un figlio legittimo, od illegittimo. Anche Evers (1) cercò già di provar similmente, che il diritto romano non ha considerato l'infanticidio, come parricidio. Ma, per quanto sieno gravi le ragioni di Spangenberg, io mi penso, che rimangono ancora a disciogliersi dei nodi importanti.

1) Il ricorrere all'*jus vitae et necis* del padre non può decidere che con grandi restrizioni. E in fatti indubitato, che il padre di famiglia romano non aveva illimitata, ed arbitraria potestà sopra i figli, ma che piuttosto gli apparteneva un voto poderoso in *judicio domestico* (2), e che per l'applicazione della pena si richiedeva una *cognitio causae*, ed una decisione dei prossimi parenti, talmentechè il padre compariva qual giudice (3): ed il modo, in cui si teneva il giudizio domestico per la moglie (4), come il vedere, che il padre se uccideva per causa speciosa il figlio, era punito (5), non consente di ammettere, che la strage dell'infante appena nato, commessa dal genitore, non fosse *parricidium*.

2) Molto meno è dato di ammetter ciò nella madre, che non si poteva giammai disciogliere mediante l'*jus vitae*. E siccome la madre soggiaceva a pena per via dell'*abortus* (6), tanto più si può credere, che l'*infanticidium* fosse considerato come azione punibile.

3) Debolissimo del pari è l'argomento, che si potrebbe dedurre dall'esposizione degli infanti, nell'antico diritto impunita; perocchè la L. 2. *Cod. de infantibus expositis* non apparisce qual regola nuova, che innalzi al grado di delitto un'azione, esente fino a quel tempo da pena: anzi l'espressione *animadversioni, quae constituta est, subjacebit*, indica, che si riferisce ad una legge più antica, di cui limita la disposizione: e nel riportarsi

ai vetusto diritto, ciò, che di fatto si parava sovente davanti, non si potea confonder con quello, che era giuridicamente permesso. Le fondate dubitazioni di Binkershoek (7) non sono dunque ancor dissipate.

4) Il passo della L. 8. *Cod. ad L. Corn. de sicar.* (8) sembra veramente essere il primo, che punisca l'uccisione degli infanti nati di fresco: ma esso potrebbe non riferirsi all'infanticidio, in quanto che non parla dell'uccisione dei fanciulli per opera de' genitori, il che certamente non sarebbe convenuto al titolo della Legge *Cornelia de sicariis*, ed in ogni caso vuol esprimere solamente, che ancora il conato dell'uccisione di un fanciullo (*necandi infantis piaculum aggressus*) si dee colpire con pena capitale (9).

5) Quando si dubita, se la Legge Pompeja abbia voluto riferirsi ai figli nati di fresco, e si afferma, che essa contemplasse piuttosto la sola uccisione dei figli cresciuti, nelle parole *mater, quae filium, filiumve occiderit*; potrebbe osservarsi all'incontro, che la voce *infans* non si dee restringere al fanciullo, che non sa parlare (10); che d'altra parte farebbe d'uopo affermare, che ogni strage d'un figlio, che non sapesse parlare, commessa dall'ascendente, non fosse *parricidium*; e che i Romani, quando vollero designare il bambino appena nato, adoperarono l'addiettivo *sanguinolentus* (11). E dovrebbero porsi nella bilancia anche le testimonianze dei padri della Chiesa, i quali affermano, che l'infanticidio era dalle leggi vietato (12).

6) Che negli antichi diritti germanici l'infanticidio non fosse punito (13), non si può considerare come provato: ma bensì a tenore dell'antica massima germanica, il bambino, che non aveva dato sicuri contrasegni di vita, non era ca-

(1) In *dis. de matribus, quas prolem suam interfecerunt*. Traject. 1807, p. 2-10.

(2) *Münster de domestico familiarum judicio apud Romanos*, Lugd. Batav. 1768. Moser Contribuzioni alla cognizion delle leggi romane.

(3) V. i passi raccolti appresso *Abegg de antiquissimo romanorum jure criminali*, p. 83. 62. V. anche Imbert de infantie, p. 74.

(4) *Pirmez Diss. de marito tori violati vindice apud Romanos*, Lov. 1822.

(5) L. 4. D. ad L. Jul. de adult., e L. 5. D. ad L. Pomp. de parric.

(6) Fin dalle leggi di Romolo l'*abortus* debb'essere stato pel marito un motivo di ripudiare la moglie. V. i passi citati da Imbert de infantie, p. 73.

VOL. II.

(7) *De jure occidendi, vendendi, et exponendi liberos*, cap. 8.

(8) V. In proposito Spangenberg nel cit. archivio, tomo III. p. 13.

(9) V. nel commentario del Gothofredo al *Cod. Teodosiano*, tomo III. p. 81, diverse interpretazioni, date a questo passo, sempre controverso, dal Raeyardo, dal Cujacio, e dallo stesso Gothofredo.

(10) Contro l'opinione di Unterholzner V. Erb negli annali d'Heidelberg 1815, p. 670 83.

(11) L. 2. *Cod. de infant. expos.*

(12) *Tertullian. ad nation. lib. I. c. 15. Lactant. lib. VI. divin. instit. cap. 20. V. Gothofredo ad Cod. Theod. III. p. 83.*

(13) V. Spangenberg nel cit. archivio, tomo III. p. 2-7.

pace di eredità (1); e quindi lice arguire, che la strage di un sì fatto fanciullo non apparisse ai Germani un grave delitto. Sembrerebbe in vero, che venisse allontanato ogni dubbio dalla legge dei Frisii (2), la quale fra gli *homines*, *qui sine compositione occidi possunt*, novera ancora *l' infans ab utero sublatus et enecatus a matre*: ma da un lato la lezione di questo passo non è incontrovertibile, avvegnachè appresso Lindenbrogio e nell' edizione di Schwartzemberg (3) si legge *infantem ab utero matris sublatus enecat*, nel qual modo non si parla altrimenti della strage, commessa dalla madre; e da un altro lato non dee rimanere inosservato, che ancora secondo la lezione comune il pas o si riferisce al sistema delle composizioni. Nella strage del bambino, commessa dai genitori, non vi era certamente alcuno, che potesse esigere il versegildo, e quindi l' azione, quando era specialmente eseguita da una madre illegittimamente fecondata, rimaneva di fatto impunita. Anche il P. Canciani (4) è d' opinione, che il luogo non parli di strage ordinaria, ma del caso, in cui la madre sacrificò il proprio figlio agli Dei del gentilesimo, ed i passi da lui citati in vita *Ludgeri* (5) non sono senza interna verisimiglianza. Del resto il §. 2. del titolo V. della *Lex Frisionum* indica appunto, che il legislatore aveva proibito questo costume pagano (6). La legge Wisigotica (7) mostra abbastanza chiaramente, che i legislatori germanici punivano l' infanticidio proprio, come un grave delitto.

7) Anche alcune leggi puramente germaniche del medio evo considerarono l' infanticidio, come un delitto: e fra queste merita una particolar menzione la disposizione dello statuto dell' isola di Gotland (8).

8) Che la Carolina nell' art. 131 abbia

(1) V. i passi raccolti ne' miei principj di comun diritto privato germanico, §. 41. ed Eichorn, introduzione al diritto privato germanico, p. 776.

(2) Leg. Frisiorum tit. V.

(3) Baron de Schwartzemberg, groot Placaat en Charterboek van Vriesland, tom. I. p. 9.

(4) *Barbarorum Leges*, vol. III. p. 10. nota 5.

(5) V. anche Spangenberg l. c. p. 5.

(6) *Et si hoc quolibet foemina fecerit, leudem suam regi componat.*

(7) *Leges Wisigoth. lib. VI. tit. 5. §. 17. tit. 3. §. 7.*

(8) Gata-Lagh (nell' edizione di Schildener) cap. 11.

rilevato la strage di un fanciullo appena nato, senza distinguere, se fu generato nel matrimonio, o fuori di matrimonio, nè se l' abbia commessa la madre, od il padre, è un' opinione contraddetta da molti non leggieri argomenti.

a) Non si può assegnare alcuna dimostrabil ragione, per cui la Carolina, se non le si fosse parato d' innanzi il caso della strage di un fanciullo illegittimo appena nato, commessa dalla madre, non facesse menzione che di quello, mentre per mezzo dell' art. 137 sarebbe stato provveduto abbastanza; e quand' anche si voglia ammettere, che l' antico diritto germanico non considerasse quale parricidio l' uccisione dei bambini recentemente nati, eseguita dai genitori; si può credere per altro, che al tempo della Carolina, mediante la diffusione già avvenuta del diritto romano e del Cristianesimo, ogni traccia dell' antico principio giuridico fosse da molti anni cancellata.

b) L' art. 131 non parla che di donne, che uccidono i loro bambini: e l' argomento, dedotto dalla ragione di quell' articolo, che anche il padre commette infanticidio nello stesso senso (9), potrebbe esser contraddetto da ciò che abbiamo già dichiarato.

c) Anche la parte del detto articolo, nella quale si parla di discolpa, può solamente riferirsi a donna, che sia rimasta incinta fuori di matrimonio.

d) Le parole *suam nefaris abusam levitatem celari tegique* si riferiscono parimente al solo caso, in cui uccida il suo figlio la donna, che lo ha concepito illegittimamente.

e) Chiaramente conduce alla medesima conseguenza anche la connessione, in cui stanno fra loro gli art. 131, 132, e 133. Schwartzemberg ebbe molto saviamente riguardo all' esperienza, che simili donne illegittimamente incinte, appena acquistata la funesta certezza della loro gravidanza, tentano in primo luogo di sconsigliarsi, per mezzo di gravi fatiche, o di medicinali: se questo non giova, e succede il parto, le meno corrotte si appigliano all' esposizione dell' infante, non senza una qualche speranza, ch' egli venga trovato e salvato, e le altre scelgono il più sicuro e comodo mezzo di ucciderlo. Quindi il procurato aborto, l' esposizione dell' infante, e l' infanticidio appartengono ad una stessa famiglia di delitti: e la Carolina, con l' aver posti insieme questi tre articoli, dimostra di avere con-

(9) Spangenberg l. c. p. 26.

templato i detti malefici nel vero lor punto di vista.

f) Anche dagli articoli 34 e 35 della Costituzione Carolina, nei quali si parla degli' indizj dell'infanticidio, e si tiene espressamente proposito di una fante, *quae pro virgine se venditat*, si può desumere una ragione (1) per istabilire, che la detta legge ha inteso disporre dell'omicidio, commesso dalla madre sul figlio illegittimo.

g) Infine ciò rimane principalmente provato dalle disposizioni degli statuti contemporanei alla Carolina, i quali parlano chiaramente del solo infanticidio, eseguito della madre. Ora così vien determinato nello statuto del Tirolo (2), di Worms (3), e di Henneberg (4). Anche il vedere, che il diritto usuale (5) anteriore alla Carolina colpiva di pene severe le donne, che uccidevano i loro figli, e che una legge assiana (6), pubblicata poco dopo la Carolina, punisce l'infanticidio insieme con l'occultazione della gravidanza, è una ragione di qualche momento.

Dietro tutto questo si può ben affermare, che l'art. 131 della Carolina abbia voluto disporre solamente della strage, commessa dalla madre sul proprio figlio illegittimo.

## §. 2.

### *Sviluppo dell'opinione ricevuta nella pratica.*

Se or si domanda, se l'art. 131 della Carolina abbia punito più dolcemente l'infanticidio, ed avuto riguardo ai motivi del timore del biasimo, operanti sulla infelice, del pari che allo stato intellettuale e fisico della partorientente, come cause dimmentati l'imputazione; bisogna rispondere negativamente (7). Il modo, in cui si formavano le leggi d'allora; il pensare, che i ragionamenti odierni erano stranieri al legislatore, e al compilatore, al tempo della Carolina;

che specialmente la dottrina d'imputazione era assai vacillante; e che le leggi di quella età si attenevano quasi sempre alla consuetudine, che correva, sono abbastanza gravi argomenti. Di più la Carolina dimostra, che a tenore del diritto usuale le infanticide si punivano col seppellirle vive e col palo, e che Carlo, solamente per un tratto di particolare clemenza, permise, che si facessero soggliacere all'anegamento, pena che era per le donne ordinaria, e tutte le espressioni dell'art. 131, esempligrizia quelle di *tam impii, inhumani, crudelisque latrocinii*, attestano l'orrore del legislatore per un delitto, che a lui compariva sommamente snaturato. Benchè per altro si debba confessare, che Carlo non lasciò travedere alcuna delle nostre mlti opinioni intorno all'infanticidio, ciò non vieta al giudice del paese, che sono regolati dal diritto comune, di attenersi alla massima, che si è formata nell'uso del foro, mediante il progresso del criminale diritto: a tenor della quale l'infanticidio si presenta come un delitto, commesso con circostanze attenuanti, e molto meno punibile del parricidio. È uno degli errori più perniciosi il considerare la Carolina come un codice criminale moderno, ed il credere assolutamente applicabili le pene da lei minacciate, dichiarando capitale ogni delitto, a cui quella costituzione commina la pena di morte. Tutta la nostra pratica ha parlato altamente contro sì fatto principio, e certamente a buona ragione; perocchè la Carolina riconosce il diritto, che si svolge e si perfeziona mediante la consuetudine forense, ed è costituita sopra di esso. Non si può mai ripetere abbastanza, che i rinvii, che fa la Carolina, dei giudici al consiglio dei giurisperiti (8), procedono dalla stimabile idea, che servi di base all'antico diritto germanico, cioè dall'idea dello sviluppamento progressivo del diritto per mezzo degli scabini sotto l'influenza delle corti supreme. Or siccome fu necessario, secondo la volontà della Carolina, di chiedere in tutti i casi dubbiosi il consiglio dei giurisperiti, venne dichiarato ad un tempo, che l'applicazione del diritto dovesse dipendere dallo sviluppo di migliori opinioni, e da tutti i progressi della scienza. Come nelle corti supreme, alle quali i giudici doveano riportarsi, ottenevano influenza le massime e le dichiarazioni più pure, che di mano in mano si svolgevano;

(1) Rosshirt Elem. di dir. crim. p. 348.

(2) dell'anno 1836, lib. II. parte I.

(3) dell'anno 1498, edizione del 1830 tom. 142.

(4) dell'anno 1539. lib. VIII. tit. V. cap. 3.

(5) *Conrad Celtes de orig., situ, moribus, et institut. Norimberg. cap. 14* parla de mulieribus, quae partum nacerint, aut immaturum excusserint.

(6) del 25 Maggio 1854, V. la raccolta di Kleinschmid delle leggi assiane, parte I p. 157.

(7) Rosshirt Elem. p. 344.

(8) Art. 104. 111. 117. 118. 119. 123. 133. 160. 178. 219.

così i collegj decidenti delle Università, i quali subentrarono a quelle corti, perfezionano con pubblico beneficio il diritto, secondo il bisogno, e nello stesso senso debbono valutarsi le autorità delle corti supreme e dei trattati scientifici dei giureconsulti. Fa d'uopo annettere in fatti, che i giudici sieno rinviali al consiglio dei pratici e dei giureconsulti migliori in quel medesimo modo, in cui la Carolina al suo tempo desiderò, che ricorreresso al consiglio dei giurisperiti. Così alla scienza, ed alla pratica che partecipa delle investigazioni di essa, è assicurata un' influenza non interrotta sul diritto criminale comune: ed è indubitato, che un' opinione, tuttotte declinante dalla lettera rigorosa della Carolina, obbliga il giudice, purchè si possa mostrare, che la medesima si è generata mediante la pratica, sotto l' influenza di moderne scoperte, e di schiarimenti e progressi scientifici. Ora non è difficile riconoscere, che Carlo, benchè non avesse chiara coscienza delle circostanze mitiganti, che accompagnano l' infanticidio, aperse almeno l' occasione ad un principio più dolce, che dipoi si formò nella pratica.

1) Il vedere, che il detto Imperatore, nell' art. 131 della sua costituzione, rilevò specialmente l' infanticidio, che pure avrebbe potuto riputare compreso nell' art. 137, potè dalla pratica considerarsi come un indizio, che il menzionato delitto non si dovea riguardare per una specie di parricidio. Ed una volta che la pratica fu entrata in questo pensiero, non restò malagevole, allorchè si sottoposero a più esatta ricerca l' imputazione ed i gradi di essa, di ravvisar chiaramente le differenze, che intercedono fra il parricidio e l' infanticidio.

2) Non potè in questo rispetto sfuggire alla pratica, che nel parricidio l' oggetto del delitto è una persona cresciuta, verso cui la natura, che inspira i più nobili sentimenti della vita, attrae il delinquente, e che dalle relazioni della convivenza nasce un' affezione scambievolmente, per modo che tutti questi sentimenti e la santità dei legami di parentela dissuadono l' omicida, che può essere eccitato al fatto solamente da una passione, la cui forza sia capace di sopprimere tutte le idee contrastanti; mentre nell' infanticidio le circostanze sono affatto diverse. Generata contro voglia, può la creatura, che minaccia di divenir per la madre un fonte di dolori acerbissimi, non essere amata da lei. I patimenti e le condizioni della gravidanza, la prospet-

tiva della vergogna, le ripulse, e la miseria, non possono contribuire a risvegliare l' amore del feto. L' idea di scacciarsi del figlio trova il suo primo nutrimento nella speranza, facile a concepirsi, che il feto non possa giugner vivo alla luce; la frequente illusione, che per la povera creatura sarebbe meglio non continuare la vita, diminuisce il sentimento della turpitudine del delitto; ed i dolori del parto, che in modo speciale tormentano le primipare, e l' inormalità del loro stato fisico e psicologico, non sono circostanze adattate, perchè si presenti chiaramente ed in tutta la sua forza la criminalità del micidiale proposito all' animo della delinquente, la quale forma ed effettua la delittuosa risoluzione in una combinazione di terribili circostanze, che noi possiamo appena per metà concepire.

3) Un' altra ragione intesa a provare, che Carlo volesse riguardare con occhio meno severo l' infanticidio, potè ritrovarsi dalla pratica in questo: che la Carolina, in vece della rigida pena del parricidio, e contro il costume, seguitato fino a quel tempo, della sepoltura della persona vivente, minacciò la pena men grave del semplice annegamento. E se all' incontro si obietta, che Carlo per altro comminò la morte ancora all' infanticidio, onde lo noverò fra i più gravi delitti; non bisogna dimenticarsi, che, secondo l' art. 137, anche all' omicidio precipitato, commesso per impeto d' ira, minacciò la pena della spada, e ciò non ostante lo volle punire meno dell' omicidio premeditato. Poco del pari si profitterà opponendo, che l' annegamento fu, nel senso della Costituzione Carolina, una pena severa, avvegnachè anche il veneficio, a tenore dell' art. 130, fosse sottoposto alla stessa minaccia. In fatti si vuol qui considerare, che il detto articolo commina pel veneficio l' annegamento, e il trascinamento al luogo del supplizio, o la lacerazione delle carni per mezzo di tanaglie arroventate; mentre l' infanticidio non si trae dietro che il semplice annegamento.

4) Anche le parole « *ad effetto di evitare la disperazione* » (1), che si presentano nell' art. 131, sono state dalla pratica riguardate come una prova, che la Carolina

(1) Le parole originali um *Verweisung zu verhüten* sono interpretate da Remus: *quia ob cruciatum moram desperationis periculum subest*, e da Gobler: *ad desperationem praevinendam vitandumque*.

volesse usare qualche tratto di clemenza verso le infanticide.

5) Toslochè questa opinione ebbe gittato qualche radice, fu agevole recedere dalla pena ordinaria della Carolina. E quanto più si fece a poco a poco sentire il bisogno di fondare più solidamente il diritto di punire, e d'investigare la base dell'imputazione; quanto più esattamente si andarono indagando i motivi, che spingono a quel maleficio; tanto più facilmente si formarono miti opinioni intorno all'infanticidio, e l'Anton Matteo (1) esercitò una rilevante influenza sopra la pratica. Quando, per l'avanzamento della medicina giudiziaria, si attese maggiormente ai pareri dei medici: quando si dimostrò, che lo stabilire l'essenza di fatto nell'infanticidio era opera piena di difficoltà, delle quali per lo innanzi non si era avuto il menomo sospetto; quando i professori dell'arte salutare sempre più assicurarono, che tanto lo stato intellettuale, quanto lo stato fisico delle partorienti esclude la piena imputazione; la pratica, ognidì più inclinata alla dolcezza, accolse volentieri sì fatte esperienze, e stabilì, che l'infanticidio fosse meno punibile del parricidio (2). E quanto più divenne generale la persuasione, che la pena di morte si dovesse applicare di rado, e nelle sole specie più gravi d'omicidio premeditato; quanto più lo sparire delle pene capitali qualificate alterò la scala penale, che era stata fino ad allora in vigore; tanto più si formò l'opinione, che la pena di morte fosse ingiusta, come ordinaria, dell'infanticidio. Non si può per altro dissimulare, che da poco in qua si è incominciato, a furia di declamazioni e di frasi sentimentali, a predicare nell'infanticidio una dolcezza tanto inconseguente (3), da minacciare di distruggere ogni rispetto per la giustizia penale.

(1) *De crimin.* lib. XLVIII. tit. 46. cap. 1. « Mitos hac parte cum illis agendum, quod et amoris vi victae alterius libidinali obscuroe sunt. Est enim infamiae metus eiusmodi, ut cadaet etiam in constantes viros: quanto magis in timidas puellas? »

(2) La pratica non recede subito dalla pena di morte: ma dichiarò da prima, che in vece dell'annegamento avesse luogo soltanto la pena della spada. V. Buchner ad C.C.C., art. 131. §. 19. Quistorp Principi §. 285. Meister §. 110.

(3) Tittmann progetto di un codice penale per regno di Sassonia, nelle osservazioni e nei motivi, p. 41.

### §. 3.

#### *Punto di vista per la retta estimazione dell'infanticidio.*

Anche nella dottrina dell'infanticidio si manifestò l'influenza pregiudicevole delle soverchie generalità. I giureconsulti ricercarono certi aspetti universali, sotto di cui poteva considerarsi un delitto, e ciò, che poteva convenire in un gran numero di casi, fu preso a regola in tutti. Così avvenne, che nacquero due partiti fra i criminalisti: l'un de' quali riguardò l'infanticidio, come un delitto disculpato da motivi gravissimi (4), e non gli volle veder minacciata che una pena leggiera; mentre l'altro, rivolto da alcuni casi, che gli si affacciarono, e sdegnato delle declamazioni degli avversari, non vide nell'infanticidio, che una specie di parricidio, e quindi giustificò la pena di morte assolutamente determinata. Ambedue questi partiti caddero in errore; perchè ciascheduno si figurò arbitrariamente la situazione, in cui pretendeva che ogni donna infanticida commettesse il delitto, e si attenne ad alcuni casi, che convenivano all'adottato principio. Ma l'infanticidio è un delitto, del quale non è dato affermare, che non meriti mai la morte, nè si può asserire, che la capitale debba essere l'ordinaria sua pena. D'altra parte non si può negare, che, se si raccoglie il maggior numero di simili criminosi avvenimenti; se si tien dietro alle loro origini naturali, e si prendono in esame i casi consueti, non accompagnati da straordinarie circostanze diminuenti, nè aggravanti; il legislatore non si può avventurare a comminare la morte, od una pena assolutamente determinata vicina alla morte, come ordinaria conseguenza giuridica di questo delitto. Se prendonsi ad indagare, come dee farsi in ogni maleficio, le sorgenti e le cause dell'infanticidio; per una gran maggioranza di casi incontransi in esso motivi di più mite penalità. E se d'altra parte i più gravi delitti, come l'omicidio premeditato, la rapina, la violenza in femmina, derivano da motivi di odio, di avidità, di vendetta, di fiera bestiale, i quali provano la somma corruzione morale del malfattore; noi ritro-

(4) Meyer nella sua ingegnosa opera *Esprit, origine, progrès des institutions jud.* vol. VI p. 476 procede tant'oltre, da desiderare che l'infanticidio sia tolto dalla serie dei crimini e collocato in quella dei delitti.

viamo d'ordinario le origini dell' infanticidio in una cooperazione di cause, che si rovesciarono addosso alla delinquente. Qui noi vediamo una donzella, che, dopo aver ceduto un istante alle lusinghe d'un astuto seduttore, riflette con orrore alle conseguenze d'un momento di abbandono: che, lasciata dal suo seduttore, e privata della speranza di poter ricoprire col matrimonio gli effetti del suo fallo, prevede di esser cacciata di casa dalla severità dei genitori, o bruscamente licenziata dal padrone. Solo col sentimento della disperazione pensa la sciagurata al momento del suo parto, e che, mentre col sudore della sua fronte ha potuto sinora guadagnare appena il pane per sé, dovrà d'ora in poi sostenere un'altra creatura, la cui esistenza, apportandole grandissimi pregiudizj, le torrà il modo di ritrovar un buon servizio, e di collocarsi in matrimonio. In simil contrasto di pensieri la infelice non vede che un mezzo per salvare l'onore, e provvedere alla propria sussistenza: ed appunto quel fortissimo e nobilissimo sentimento d'onore spinge la misera ad inferire contro il frutto delle sue viscere. Nella qualità dunque dei moivi, che determinano al delitto, è dato di ritrovare una causa mitigante. Non sarebbe giusto per altro l'attribuire il principale valore a questa, la quale anzi acquista la sua forza da una seconda ragione, che consiste nel riguardo, dovuto allo stato fisico e psicologico delle partorienti. Se la donna maritata, assistita con ogni più tenera cura de' suoi attinenti, e non tormentata da alcuna incertezza di sussistenza, non conserva nelle ore del parto quella tranquillità, che certi giudici inesperti sembrano frequentemente presupporre nel sentenziare delle infanticide; se, durante la gravidanza, si presentano nella donna alterazioni morbose (1), che operano necessariamente sulle disposizioni dell'animo; se l'angustia dei travagli del parto cotanto esalta le facoltà, da potersi dai medici appellar malattie (2); che sarà della fanciulla illegittimamente fecondata, nella quale allo stato morboso, che è proprio di ogni partorienti, si aggiungono tutti i patimenti corporei e spirituali, che provengono dal pensare alle conseguenze del parto imminente? L'eccitabilità dell'a-

nima, l'alterazione del sistema nervoso non dee quivi spingere al più alto segno l'angoscia e la confusione, sopprimere la virtù riflessiva, e dar vita a risoluzioni, le cui origini interne non sono forse da ricercarsi che nello stato morboso? Se è vero, che, secondo l'osservazione di medici illustri (3), anche le donne maritate, quando sono primipare, restano sorprese nel parto da un vero furore, che stimola la moglie felice ad un odio rabbioso contro il diletto marito, e le comunica il desio di distruggere tutto quello, che la circonda; come nella donzella illegittimamente incinta, che sorpresa dall'ora del parto non riceve alcuna assistenza, e nella cui mente si agitano tutte le idee dell'ira de' genitori, del dispregio del vicino, della povertà e del vitupero, non ammettere la possibilità di un simile stato, capace di sopprimere, o almeno di scemar grandemente l'impulsione? Quindi il legislatore ha il dovere di considerare per motivo mitigante nel delitto d' infanticidio l'eccitabilità morale, esaltata dal parto, e la morbosa alterazione del sistema nervoso, nella quale le immagini del biasmo paventato, e della miseria, invadono procelosamente l'animo della partorienti, e generano, o maturano la risoluzione di uccidere.

#### S. 4.

##### *Massime delle moderne legislazioni.*

Agli errori dei giureconsulti, e specialmente alla smania degli universali, parteciparono ancora i legislatori. Onde s'intende il perchè alcune leggi colpirono ogni infanticidio con una pena leggiera, meramente privativa di libertà, ed altre gli minacciarono la pena di morte assolutamente determinata. Per altro il naturale buon senso, che d'ordinario serve di guida al pratici, fece valere le sue ragioni anche in questa materia, e così, per mezzo di eccezioni e di aggiunte, si cercò di riparare al male, che veniva da una regola inflessibile minacciato. Il codice austriaco (4) non stabilì che la car-

(3) Wigand negli annali di medicina pubblica di Kopp, tomo IX. p. 16. Nögele nell'esperienze e nei trattati delle malattie del sesso femminile p. 163. Henke nel giornale dei medici psicologi, anno 1819, fasc. 2. p. 219.

(4) Cap. XVI. §. 122. Jeuiti dir. crim. austr. parte II. p. 232. Zeiller contribuzioni annuate alla cognizione dell'leggi, parte I. p. 153.

(1) V. Capuron la médecine légale à l'art des accouchemens, Paris 1821, p. 87 89.

(2) Hunter dell'incertezza dei segni nell'ucisione dei figli illegittimi. Merkel diss. de causa infanticidii, Hal. 1815.

cere a vita anche per la strage del figlio legittimo, commessa dalla madre nel parto, e punita l'uccisione del figlio illegittimo con la carcere da dieci a vent'anni, la quale discende dai cinque fino ai dieci anni, se l'infante perì per volontaria omissione della necessaria assistenza. Il codice bavaro minaccia alla infanticida solamente la casa di disciplina a tempo indeterminato (1), ma innalza la pena fino a quella delle catene, quando la infanticida ha vissuto da pubblica meretrice, od è già stata punita per gravidanza occultata, e costituisce la pena di morte pel solo infanticidio reiterato. I progetti compilati dietro a questo codice modificano la fatta disposizione, cancellando interamente, come esempigrazia il progetto bavaro del 1823 (2), la pena di morte, od aggravando la disposizione del codice stesso, come fa il progetto pel regno di Württemberg (3). Notevole per la sua dolcezza è pure il nuovo progetto pel regno di Sassonia (4). Il codice pel regno d'Italia (5) esclude la pena di morte, e nella pena fa distinzione fra il delitto commesso dal padre, o dalla madre (6). Fra i pareri sopra il codice meritano at-

tenzione alcune riflessioni contro l'opinione, che debba esser punito meno il padre, quando uccida il figlio illegittimo, che quando tolga la vita al figlio legittimo (7). Il codice spagnuolo delle *Cortes* del 1822 (8) punisce con la casa di lavoro da quindici fino a vent'anni, e con l'esiglio, l'infanticidio, commesso per ricoprir la vergogna da una madre di buona fama de' tre ventiquattr'ore dopo il parto. Il codice penale del canton del Ticino, pubblicato nel 1816, ed accresciuto nel 1822 (9), contempla insieme l'infanticidio, e l'esposizione dell'infante, e stabilisce in pena la casa di lavori forzati di terzo grado. Il codice penale di S. Gall (10) non distingue, come suol farsi, l'infanticidio per una specie particolare di delitto, e così non fa menzione che del caso, in cui deve applicarsi una pena straordinaria. E perciò sembra, che negli altri casi, in cui non si presenti alcuna legal circostanza attenuante, il legislatore abbia ripulato, che debba aver luogo la intera pena del parricidio. Il codice prussiano, declinando dalle legislazioni fin qui riferite, sembra confermare l'antica severità; giacchè la madre, che nel parto, e dopo il parto, uccide intenzionalmente il proprio figlio appena nato, è minacciata della morte di spada (11); e questa medesima pena sovrasta ad ogni intraprendimento, o preparativo della madre, il quale secondo il corso

(1) Art. 158.

(2) Nell'art. 241. si dice: « La infanticida » « dee condannarsi alla casa di disciplina, e » « questa pena, se la strage fu risolta con » « premeditazione, od eseguita con riflessio- » « ne, dee decretarsi per vent'anni ».

(3) Nell'art. 157. sta scritto: « Una madre, » « che per via di violenza, o di omissione dei » « necessari soccorsi, uccide intenzionalmente » « nel parto, o subito dopo il medesimo, il » « proprio figlio illegittimo vitale, dee con- » « dannarsi alla pena delle catene ». Art. 158. » « Se una tale infanticida avea già prima di » « partorire formato la risoluzione di uccidere » « il figlio, e in conseguenza della medesima » « commette il fatto, n se si è resa debitrice » « di una recidiva in questo delitto, n ha già » « sofferto una pena per uno de' casi, contem- » « plati nell'art. 159—162, debb'esser punita » « di morte ».

(4) Per l'art. 440. la donna che uccide il suo figlio illegittimo appena nato nel tempo del parto, n dentro 24 ore dopo di esso, postochè non avesse confessato la sua gravidanza, nè il suo aggravo ad alcuno, fuorchè a' suoi più intimi confidenti, dee pondersi con la casa di disciplina da 4 fino a 8 anni.

(5) Codice penale pel regno d'Italia, art. 433.

(6) Ivi si dice « La pena d'infanticidio, di- » « retto ad occultare una prole illegittima, è » « di casa di forza in quinto grado per l'uomo, » « ed in quarto per la donna, se la madre di » « buon nome e fama sia nubile, vedova, o dis- » « giunta dal marito ».

(7) Vol. II. p. 43. della collezione del travagli sul codice penale pel regno d'Italia.

(8) P. II. tit. 4.

(9) L'art. 263. dispone: « L'infanticidio, » « commesso nella prole illegittima dalla ma- » « dre, n da altri congeniti, n sia ucciso l'infan- » « te appena nato, o sia stato esposto in modo » « tale, che presumibilmente dovesse morire, » « e la morte ne sia in fatti avvenuta, o gli sia » « stata procurata la morte con la sottrazione » « del necessari soccorsi, cure, ed alimenti, è » « punito col lavori forzati in terzo grado ». A » « tenore dell'art. 10. il primo grado della det- » « ta pena è da tre a cinque anni; il secondo, » « da cinque a dieci; il terzo, da dieci a quin- » « dici ».

(10) Nell'art. 152. del cod. pen. del 22 giugno 1819 si legge: « Quando, nei casi. in cui » « una madre abbia tolto la vita al suo figlio » « illegittimo appena nato, n non si può con » « legale certezza stabilire in genere l'essenza » « di fatto, od in specie la vitalità del bambi- » « no, ed altre circostanze lascino il giudice » « in dubbio del proposito, o dell'intero sen- » « so della libera volontà della delinquente, » « dee soggiacere alla pena della casa di disci- » « plina da sei fino a dieci anni ».

(11) Diritto provinciale prussiano, parte II. tit. XX. p. 965.

consueto, a lei noto, delle cose, ha prodotto la morte del fanciullo. È giusto per altro avvertire, che la legge prussiana fu compilata in un tempo, in cui i principj legislativi erano più imperfetti, e le indagini mediche e psicologiche non avevano ancora sull'amministrazione della giustizia ottenuto quell'influenza, che più tardi fu loro concessa. Si cadrebbe per altro in errore, se si credesse, che il legislatore prussiano abbia equiparato l'infanticidio al parricidio. Osservando, che, secondo le leggi prussiane, l'omicidio premeditato è punito con la ruota (1), e quello d'impeto con la spada, apparisce la più mite opinione del legislatore. E siccome nella maggior parte dei casi non si possono pienamente provare tutti i requisiti dell'infanticidio, ed allora non sono applicabili che le pene straordinarie (2); si vede, che alla pratica prussiana non fu difficile il modo di evitare la pena di morte.

Sebbene gli esposti motivi abbiano indotto la maggior parte delle legislazioni a cancellare l'infanticidio dalla classe dei delitti capitali; pur fra i codici moderni se ne trovano alcuni, che lo colpiscono con la pena di morte. Appartengono a questi il codice francese (3), l'olandese (4), quello di Basilea (5), e quello di Berna. Mentre il primo in un modo mirabilmente stringato qualifica l'infanticidio ogni premeditata uccisione d'un fanciullo appena nato, e la punisce di morte, il secondo reputa necessario descrivere minutamente i modi di commissione, pone sotto all'infanticidio anche l'esposizione dell'infante, esige per la piena applicazione della pena la prova rigorosa, che il bambino abbia vissuto dopo la nascita, minaccia in tal caso lo strangolamento per l'infanticidio consumato ed una pena minore, se la vita del bambino non è dimostrata. Il codice di Basilea enumera le specie dell'omicidio premeditato, fra le quali colloca il parricidio, ed aggiugne, che s'intenda pure infanticidio, quando una madre, nel parto, o dopo di esso, intenzionalmente intraprenda, o a bella posta ometta qualche cosa, onde necessariamente provenga la morte del bambino recentemente nato: ma commina ad un tempo (art. 106.) una serie di pene straordinarie pe' casi, in cui manchi qualche

requisito del delitto (6). Molto particolarmente dispone la legge di Berna del 18 febbrajo 1823. Essa ammette come ordinaria la pena della spada, ma contempla parecchie circostanze attenuanti, ed espone i casi, in cui si debbono applicare pene straordinarie. Le ragioni, che poterono determinare questi legislatori a punire di morte un delitto, che secondo il maggior numero dei giuristi, non è degno di pena capitale, sono state principalmente dichiarate dai compilatori del codice francese, e dai motivi della legge di Berna. I consiglieri di Stato Faure Réal, e Giunti giustificano il rigore, dicendo (7): « Il est impossible, que l'infanticide ne soit pas prémedité, il est impossible qu'il soit l'effet subit de la colère, ou de la haine, puisq'un enfant, loin d'exciter de tels sentiments, ne peut inspirer que celui de la pitié. Il est hors d'état de se défendre, hors d'état de demander du secours, et par cela seul il est plus spécialement sous la protection de la loi. Des hospices sont établis pour recevoir ceux, dont on ne peut prendre soin. L'infanticide donc est sous tous les rapports un acte de barbarie atroce, et quand il serait quelque fois le fruit du dérèglement des mœurs, une telle cause ne peut trouver d'indulgence dans une législation protectrice des mœurs ». Un ingegnoso scrittore (8) giustifica in generale il rigore francese, ed aggiugne, che non già la vergogna, e nobili motivi danno per lo più l'impulso a delinquere alle infanticide, ma l'amore del proprio comodo, e il desiderio di francarsi da certi impedimenti. Non è, dice egli, la sventura dei genitori, o dei tutori, che determina le fanciulle al delitto; chè la maggior parte di simili delinquenti si ritrovano a servire sotto buoni padroni: non è la privazione dei sensi; perchè le più di esse si occuparono, subito dopo il fatto, di faticosi lavori. I motivi del codice di

(6) Quando per esempio il bambino, secondo il parere dei periti, ha vissuto nel nascimento, deve applicarsi la pena di disciplina da sei fino a dieci anni: e se di più si presentano lesioni mortali sul corpicciuolo, senza che sia pienamente scoperta l'uccisione premeditata, commessa dalla madre, si fa luogo alla stessa.

(7) V. code pénal, précède de l'exposé des motifs par les orateurs du conseil d'Etat, liv. III. tit. 3. c. 1., ed. stereot. de 1810, p. 88.

(8) Rebmann nel magazzino per gli impiegati di giustizia e di polizia, tomo II., fasc. 1. num. 2. p. 40.

(1) L. c. §. 826. conf. col. §. 806.

(2) L. c. §. 938. 64, e §. 968-71.

(3) Code pénal art. 300.

(4) Art. 103-112.

(5) Art. 100-106.

Berna (1) non taulo si fondano sopra le cause generali di giustificazione, quanto, e precipuamente, sopra i fatti sperimentali, che somministrava la Svizzera intorno ai modi di commettere l'infanticidio.

### §. 5.

*Esame della giustizia della pena capitale, come ordinaria dell'infanticidio.*

L'autore di questo scritto non è del numero di quel criminalisti sentimentali, che reputano ogni delitto come una malattia dello spirito, e vorrebbero sottrarre ogni malfattore alla spada della giustizia. Egli crede che il cancellare la pena di morte dai codici criminali non sia che un pio desiderio, la cui attuazione rimarrà sospesa, fintantochè si daranno delitti degni di morte; tuttochè le ragioni, esposte recentemente dal Signor Guizot, possano aver molto peso nei delitti politici. Ma il numero dei delitti degni di morte è molto piccolo, ed a quello non appartiene per regola l'infanticidio. Le ragioni accennate di sopra, dedotte dai motivi del delitto, e dallo stato fisico e psicologico della partorientente, parlano abbastanza in favore di questa opinione; quantunque io attribuisca sempre più di forza al secondo che al primo fondamento, e tanto la precedente disposizione di spirito, quanto il timore del biasimo, meritino tutta l'attenzione dei criminalisti, perchè esercitano una possente influenza sull'animo della sciagurata nei momenti del parto, il quale eziandio come stato morboso, diminuisce l'imputazione. Se si considera-

no gli argomenti, addotti per giustificare la pena di morte, si riconosce, che quelle declamazioni, dirette a stabilire, che i motivi della infanticida non debbon trovare accoglienza in una legislazione protettrice della morale, non meritano alcun riguardo; e quando si odeo oratori francesi parlare in quella guisa, la memoria ritorna involontariamente al verecondo imperator Giustiniano, ed alla famosa *castitas temporum nostrorum!!!*

1) Primieramente si afferma a torto, essere impossibile, che l'infanticidio non sia premeditato. Non v'è che il prurito infelice degli universali, che possa suggerire simili declamazioni. Così non si bada in fatti a quei casi, in cui alcune fanciulle, le quali proseguendo a vivere sul principio in una dolce illusione e poi contando, che il figlio nascerebbe immaturo, o morto non fanno il menomo preparativo per isgravarsi, e si trovano improvvisamente sorprese dai dolori del parto. Deluse nelle loro speranze, travagliate più o meno da un vero letano uterino; spogliate della potenza di riflettere da tanti patimenti morali e fisici; stimolate senza pensare al futuro, a profittare del favor del momento, per allontanare con un fatto subitaneo il frutto della loro vergogna, e salvare l'onore, altrimenti perduto senza riparo; eccitate ancora dall'aspetto del bambino, che presenta una debole vita, ed il cui avvenire non può dalla madre presentirsi che torbido e malinconico; non di rado queste misere puerpere afferrano il capo della povera creatura, e con una rapida compressione di mano consumano il delitto appena risoluto. Chi oserà qui di affermare che l'infanticidio non si possa commettere senza premeditazione? Quindi i più circospetti (2) come i più temerari (3) giuristi francesi si dichiarano eontro il soverchio rigor della legge, del quale è conseguenza la impunità totale delle accusate, prodotta dal pio spergiuro dei giurati.

2) Fad'uopo stupirsi anche più di un'altra inconseguenza del diritto francese.

Nella strage del figlio, nato da qualche tempo, il presidente può fare come in ogni altro delitto, la domanda della premeditazione; ma nell'infanticidio, come uccision dell'infante appena nato,

(1) Ivi si dice: « Chiunque conosce il nostro popolo sa bene, che nelle infime classi, alle quali appartengono quasi tutte le infanticide, l'abbominevol costume della visite amorose notturne ha tanto scemato il sentimento d'onore, che ben di raro l'infanticidio procede da esso, e che la maniera crudele, onde vengono uccisi i più dei fanciulli, è prodotta da una fierazza di carattere, che può essere in qualche modo frenata dalla sola minaccia della pena capitale. Soltanto l'addolcimento dei costumi, e che in quelle classi può conseguirsi principalmente per via di opportuna istruzione religiosa, renderà più raro questo delitto. Quando del resto si presentasse un caso, in cui la madre fosse stata determinata all'infanticidio dal timore di perdere l'onore del sesso, il §. 17. pone il giudice in grado di riferire il fatto ad una specie di disastro mentale, e di seguitare i nobili impulsi del cuore ».

VOL. II.

(2) Lagraverend, traité de législation criminelle, tom. II, p. 101. not. 8.

3) Bayoux Leçons préliminaires sur le code pénal, p. 120 142. Desrivaux Essais sur le code pénal, Liège 1818, p. 118-125.

il presidente non può fare la stessa domanda, a motivo della presunzione della legge. Or si ricerchi ad ogni peccato osservatore, se l'amor della madre verso il suo figlio non cresce a misura che essa gli ha prodigato le sue tenere cure, e n'è stata ricambiata di amorose carezze? E come l'amore del figlio, che già con la debil sua voce ha cominciato a balbettare il nome materno, non dovrebbe esser più intenso di quello portato alla creatura, che con fievoli segni di vita è uscita pur ora dal grembo della madre? Eppure nel parricidio la disciolpa per difetto di premeditazione è possibile, e nell'infanticidio è impedita dalla legge (1).

3) Un bambino appena nato, si prosegua ad opporre, non inspira nè odio, nè ira, e solamente una barbarie enorme può sopprimere la voce della compassione, risvegliata dal figlio. Se si volesse esser conseguenti, si dovrebbe unicamente dedurre da questo principio, che l'infanticidio è appunto uno di que' delitti, che si commettono di rado con premeditazione; perchè solamente una causa straordinaria può spiegare un fenomeno, che tanto aborre dalla natura, e spingere all'uccisione di un essere, che non poteva irritare l'autrice del fallo. Ma non si debbono lasciar dimenticare altre osservazioni psicologiche. Si fa un ragionamento falso, quando in ogni donna illegittimamente incinta si presuppone quell'amore, di cui vediam compresa la madre legittima nell'allevatura e nell'educazione del figlio. Ancorchè questo sentimento, e ciò rimane a provarsi, fosse in tutte le madri; è noto, che lo sviluppo e la comparsa dei sentimenti è l'opera di circostanze esterne. Mentre la moglie onesta e felice, che nel figlio vede quell'essere, che più intimamente la stringe al marito, e nella sua piacevole prosperità non è tormentata da alcuna incertezza di sussistenza, abbraccia con tutta l'effusione dell'amore il figlio lungamente desiderato, alla cui esistenza vanno spesso congiunti vantaggi di non piccolo conto; la illegittimamente incinta non può pensare con gioia alla nascita del figlio: e sebbene voglia ripiangersi ingenerato anche in lei l'amore materno, questo è indebolito certamente dal pensiero, che il bambino non desiderato sarà testimonianza di vergogna, e costringerà a sacrificj, che solamente una virtù eroica sa insegnare in molti casi a soffri-

re. Postochè non si trascuri di valutare le sensazioni, che nel momento del parto travagliano la sciagurata, si dovrà convenire, che la disposizione di spirito, in cui essa si trova, a motivo del sentimento oppressivo dell'onore perduto, della somma esacerbazione contro l'infido seduttore, e della prospettiva di un funesto avvenire, non è al di sotto di quella, che riconosciamo capace di discolorare gli omicidj commessi nell'impeto. È pure una falsa supposizione il credere, che le infanticide conoscano la grandezza della loro ingiustizia; perchè molte al contrario fanno tacere con fallaci ragionamenti la voce dissuasiva del dovere (2).

4) Ancorchè in generale volesse credersi giusto non far valere il sesso femminile come circostanza attenuante, non si può negare per altro, che nelle azioni, aventi radice in un eccesso di passioni particolarmente proprie delle donne, l'imputazione debb'essere necessariamente minore (3), e che quindi il legislatore in quei delitti, che d'ordinario derivano dall'esaltazione di un sentimento, della cui forza Hunter (4) racconta notevolissimi esempj, non dee minacciare una pena, che si potrebbe giustificare solamente nei maleficj commessi a sangue freddo, ed animati da un deciso *dolus malus*.

5) E dire, che le infanticide possono esser frenate solamente dalla comminazione della pena di morte, non fa al caso; perchè tutte le gravi obiezioni, che si fanno contro la teorica della coazione psicologica, valgono ancora contro questo argomento, e perchè l'idea della pena capitale non può riuscire efficace nella forza del sentimento, che spinge la

(2) Io mi son ritrovato a sentir fare da qualche infanticida il ragionamento immaginato da Bayoux. *Leçons prélim.* p. 125. Il lui sem-  
« ble, qu'en sacrifiant son fruit elle ne fait  
« que disposer d'une partie d'elle même, que  
« la société n'a pas le droit de lui demander  
« compte d'une fécondité qu'elle ne lui com-  
« mendoit pas ».

(3) V. la dissert. di Spangenberg nel tomo I. di questi scritti germanici.

(4) Egli narra (Repertorio di Platt p. 577.) di essere stato chiamato a visitare una donzella, di aver sospettato di lei, e di averla confortata a confidargli il suo segreto, promettendole di fare di tutto per salvarla dal pericolo; che la infelice negò la sua gravidanza, e morì fra i più violenti dolori. Nella sezione Hunter trovò un bambino, che era già entrato nel bacino della madre. Quella infelice ebbe tanto orrore della vergogna, che preferì la morte alla confessione del suo fallo.

(1) V. Destriveaux, *Essais sur le code pénal* p. 124.

madre a delinquere, e l'indole particolare della sua disposizione di spirito.

6) Quando Rebmann cita dei casi, in cui il delitto è generato da leggerezza, e da amore del proprio comodo, senza che si presentino tracce di sensi perduti; può con questo mostrar solamente, che talora è giustificabile una pena più grave, ed anche quella di morte. Ma ciò non vale a difender la legge, che eleva al grado di regola quello che avviene di rado, e minaccia una pena, le cui presupposizioni hanno luogo al più dieci volte in cento casi.

7) Anche le querele dello spento pudore delle donzelle non provano nulla; perchè non ne rimane ad ogni modo rimosso il secondo e più grave motivo mitigante, cioè lo stato psicologico e fisico delle partorienti. Si conceda pure, che i genitori e i padroni non sieno più tanto severi verso le fanciulle sedotte; si conceda pure, che la vantata istruzione dei tempi nostri abbia addolcito il giudizio del pubblico verso le illegittimamente incinte: le relazioni per altro, tuttochè in un grado meno sensibile, nei punti essenziali si conservano sempre le stesse. La fanciulla, che è stata feconda, non trova servizio così facilmente, e di rado le si presenta un'occasione di matrimonio. I genitori, per buona sorte, non sono ancora divenuti sì franchi da sentirsi indifferenti per la gravidanza delle loro figlie; e l'invio alle case di occulta maternità e dei trovatelli, le quali debbono distruggere la discolpa, che nasce da difetto di soccorso, non vale per le partorienti, che si trovano in piena terra, e lontane dalle città; per modo che lo splendore di sì fatti stabilimenti illustra più le carte, che la vita. Non per sentimenti esagerati di pietà si afferma dunque, che un giusto legislatore non dee comminare all'infanticidio, come pena ordinaria, la morte. E qui si rilevi un'altra inconseguenza della legislazione francese, che nomina separatamente l'infanticidio, assegna i caratteri del fanciullo nato di fresco, e non ostante colpisce questo delitto con la pena del parricidio (1).

## §. 6.

### *Esame delle disposizioni penali delle legislazioni germaniche.*

È inesattissima nomenclatura quella, per cui si chiama in tedesco *Kindermord* l'infanticidio, mentre si riconosce, che

(1) Imbert diss. de crimine infanticidii p. 41.

questo delitto consiste in una specie particolare meno punibile di omicidio, e si sa, che il vocabolo *Mord* esprime l'omicidio più scellerato, commesso con premeditazione e riflessione. Sarebbe più giusto valersi della parola *Kindestödtung* (uccisione dell'infante), e, nella maggior parte dei casi, della parola *Kindesdödschlag* (uccisione precipitata dell'infante) (2). Fu un errore dei legislatori quello di raccogliere sotto un solo punto di vista i più diversi casi d'infanticidio, e di minacciare ai medesimi una pena eguale (esempigrizia in Baviera la casa di disciplina a tempo indeterminato. Si possono in fatti presentar certamente dei casi di vero *Kindermord* (infanticidio premeditato), nei quali questa pena troppo lieve, e ne possono occorrere altri, in cui la pena debba essere abbassata molto di più. Se si prendono in esame i casi, in cui anche le più dolci legislazioni ammettono eccezionalmente la pena di morte, contro di esse si possono fare molte obiezioni.

1) A tenore, esempigrizia del codice penale bavaro, l'infanticidio ripetuto dee soggiacere alla pena di morte (3). Sebbene sia vero, che una fanciulla, la quale ha già partorito una volta, faccia col secondo delitto fondatamente presumere di averlo risoluto ed eseguito con premeditazione; pur la parola *ripetuto* è stata scelta indebitamente, avvegnachè in tal modo non si consideri affatto, se la infanticida sia stata già punita del suo precedente reato. Laonde sarebbe sempre più giusto nominare la *recidiva* d'infanticidio. Ma di più si sta troppo sulle generali, quando si colpisce di morte ogni recidiva d'infanticidio (4). Immaginiamo una donzella, che fecondata molti anni

(2) Salchow Elem. di dir. pen. 3.ª ediz. p. 203. V. anche Feuerbach Critica del progetto di Kleinschrod, parte III, p. 189.

(3) Art. 158.

(4) Escheri Trattati sugli oggetti della scienza del diritto penale, p. 195, dimostra benissimo, che un delitto in se immeritevole di morte, non può divenirne degno per sola ragione di recidiva. Egli per altro crede (ed in ciò non divide la sua opinione), che la pena di morte per l'infanticidio ripetuto faccia eccezione alla regola; perchè la pena di morte, che nel semplice infanticidio vien rimessa per una specie di grazia, a motivo di una presunta causa attenuante, deve applicarsi nell'infanticidio ripetuto, non per via della recidiva, ma della propria penalità dell'azione; in quanto che le circostanze attenuanti subiettive non appariscono fondate, quando concorre la ripetizione.

fa in Parigi, ivi, nello stato di somma disperazione e di vero furore, uccidesse il suo figlio. Si reca la medesima a Vienna, dove tutti ignorano il suo precedente delitto, ed ha la disgrazia di esser sedotta di nuovo. Nella situazione, in cui si ritrova, ella sarebbe ruinata, ove divenisse nota la sua gravidanza. Se nel momento di un *partus praecipitatus*, e nello stato di confusione di sensi uccide il suo bambino, si potrà sottoporre a tutto il rigor della legge?

2) L'eccezione, con la quale si stabilisce una pena più alta, quando la infanticida ha vissuto da pubblica meretrice, si può giustificare solamente in quanto sparisce in tal caso la prima causa attenuante: ma ancora la meretrice è soggetta alle leggi fisiche della natura muliebre, e non si può negare, che possa aver luogo in lei pure uno stato, che le impedisca di conservarsi padrona dei propri sensi. Non occorre per altro, che questo caso sia specialmente contemplato nella legge; perchè il giudice dee valutare la causa sopprimendo la imputazione nella meretrice, come fa, quando una madre uccide il suo figlio legittimo.

3) È ragionevole, che il caso, in cui la infanticida abbia eseguito il suo delitto in virtù di una premeditata risoluzione, non sia confuso col caso, in cui la partoriente, senza aver prima chiaramente formato un proposito, trascinata dalla circostanza del momento, e dal suo stato fisico e psicologico, proceda alla strage: ma non conviene, che per questo caso sia minacciata una pena assolutamente determinata, come fa il progetto di Baviera, e quello di Württemberg. Che neppure in tal caso debba la madre considerarsi come un altro esecutor di omicidio premeditato, lo ammette anche il progetto bavaro, astenendosi dal comminare la pena di morte: ma, perchè in ciò fosse conseguenza, bisognava non abbandonare il sistema, che mette il giudice in grado di scegliere fra il *minimum* ed il *maximum*. Quando per altro si considera la premeditazione, come circostanza aggravante, non dee restare inosservato, che lo stato della illegittimamente incinta, precedentemente risolta alla strage, non è lo stesso di quello, che si presenta nel comune autore di omicidio premeditato. La risoluzione di quella delinquente acquista nuova forza nel momento del parto, e spesso solamente allora diventa matura; per modo che dal *post hoc* non lice inferire il *propter hoc*. Né il giudice può con sicurezza affermare, che la madre procedè alla com-

mission del delitto solamente per via della risoluzione anteriore; perchè nella specialità dello stato del parto, che ha avuto luogo fra la risoluzione e l'esecuzione, stanno riposte tali cause, delle cui sottili ramificazioni, e della cui efficacia non possiamo giudicare.

4) Sono pochissimo degne di approvazione quelle leggi moderne, che stabiliscono la pena delle catene, o di morte, quando la infanticida ha già precedentemente sofferto una pena straordinaria. Io mi confido di poter dimostrare più sotto, che i castighi, minacciati nel codice di Baviera (art. 160—66) hanno contro di sé i difetti di tutte le pene straordinarie, e sono con pari ingiustizia superflui. Qui basti solamente avvertire, che la loro applicazione non dee somministrare alcuna ragione assoluta di aggravamento. Quando esempigrazia una fanciulla, che occultava la sua gravidanza, ha partorito morto un bambino immaturo, e ne ha nascosto il cadavere, ella deve (tenore dell'art. 164 del codice bavaro) aver contro di sé la verisimiglianza della procurazione dell'aborto, ed esser condannata alla casa di lavoro da uno fin a due anni. Or si figuri, che una fanciulla sedotta partorisce nel 1809 un bambino morto, e fosse punita con un anno di casa di lavoro. Se nel 1816 ella riman fecondata di nuovo, e nel concorso di circostanze gravissime, e dopo un parto sommamente laborioso, uccide il figliuolo, dovrà soggiacere all'intero aggravamento? Dov'è il punto di connessione, che accresce l'imputazione? Certamente in colei, che è stata già punita una volta, i motivi del timore della vergogna non influiscono più con tanta violenza: ma pure è sempre possibile, che le condizioni del suo spirito fossero simili a quelle del primo suo sgravio: e lo stato di parto, capital circostanza diminvente, è lo stesso di quello, che sarebbe, se non avesse ancora patito alcuna pena. Quindi la legge corre per lo meno il pericolo di essere ingiusta con la sua comminazione.

Non mi si farà certamente il torto di credere, che mediante il finqui detto io voglia per compassione soverchia sottrarre tutte le infanticide alla severità meritata. So anch'io che alcune delinquenti, che non sono spinte al reato, nè dal rigore dei genitori, nè dalla condotta del fecondatore, si sconsigliano solamente per amore del proprio comodo, e commettono la strage a sangue freddo, dopo aver partorito tanto felicemente da poter subito attendere al più faticoso lavoro.

ri. Rispetto a simili infanticide l'applicazione di una pena, computata su diverse presupposizioni, sarebbe un'ingiustizia verso la società. Quindi io vado persuaso, che il legislatore procederebbe con prudenza, se 1) all'infanticidio, commesso da donna illegittimamente incinta, e non mai punita per le innanzi, comminasse una pena, limitata da un *maximum* e da un *minimum*; 2) se prescrivesse al giudice di aver riguardo alla pena già sofferta, ed alla mala condotta, senza per altro legarlo con la comminazione di una pena assolutamente determinata; 3) se riservasse la pena di morte ai soli casi, in cui venisse a sparire la sopraddeita duplice ragione di scemamento di pena, cioè per quanto una delinquente, che avesse tenuto una cattiva condotta, e non fosse stata incitata dal rigore de' suoi genitori, avesse formato, prima di sgravarsi, la risoluzione di uccidere il bambino, e l'indole del parto provasse, che la partoriente non è andata soggetta ad alcuna confusione di spirito, o mania.

### §. 7.

*Dell'essenza di fatto dell'infanticidio, specialmente rispetto alla questione, con cui si ricerca, qual sia il bambino, che dee considerarsi come nato di fresco.*

I caratteri particolari dell'essenza di fatto dell'infanticidio, nel senso dell'articolo 131. della Carolina, si possono ridurre a tre classi. 1) Alcuni appartengono all'infanticidio, in quanto è una specie di omicidio: esempigrazia, che vi sia un fanciullo vivo, e che si ravvisi una causal concessione fra la lesione, come motivo, e la morte, come effetto. 2) Altri sono requisiti della essenza di fatto dell'infanticidio, in quanto è una specie di parricidio. Si richiede per esempio, che la strage sia stata commessa dalla madre sul proprio figlio. 3) Altri sono conseguenze dell'idea fondamentale, ammessa dalla nostra pratica nel senso dell'art. 131., e dietro la quale alcuni moderni legislatori parlano d'infanticidio.

Dei caratteri della prima specie non si può fare a meno, perchè altrimenti non esisterebbe omicidio. Ma il difetto dei requisiti della seconda e della terza specie influisce soltanto sul titolo del delitto e sopra la pena; perchè l'infanticidio, nel senso dell'art. 131, confina col parricidio, e quindi, se manca un requisito della terza classe, come quando il bambino non si può considerare per na-

to di fresco, o per illegittimo, il caso contiene un parricidio.

Si esige principalmente per l'infanticidio, che il bambino sia *recens natus*. Or non si può certamente affermare (1), che dalla rubrica dell'art. 34 della Carolina (*de clandestino partu et eius interruzione per ipsam matrem patrata*) si deduma, che questo carattere sia stato ammesso dal legislatore; perchè altrimenti bisognerebbe concludere, che ogni fanciullo, la cui esistenza è stata occultata dalla madre, e che è stato ucciso durante quella occultazione, si dovesse considerare come nato di fresco. Questo carattere risulta piuttosto da tutto l'insieme dell'art. 131 (2), e dalle presupposizioni, che si trovano collocate sotto i casi onde parlano gli articoli 131, 132, e 133, ed anche maggiormente dalle ragioni, per cui tanto la pratica, quanto alcuni moderni legislatori, colpiscono l'infanticidio men gravemente del parricidio. Imperocchè solamente nell'uccisione di un fanciullo nato di fresco possono servire di scusa quelle ragioni, che abbiamo contemplate di sopra; solamente una infanticida di tal fatta si può disculpare con lo stato psicologico e fisico del parto; di lei soltanto si può credere, che il timore della vergogna, mentre la gravidanza si conservava ancora segreta, fosse il motivo di commettere l'infanticidio per salvare l'onore. Non sembra essere conseguente il diritto francese, quando esso pure esige sull'infanticidio un *enfant nouveau né*; perocchè siccome l'art. 300 del *cod. pénal* colpisce l'infanticidio di morte, e questa pena ha pur luogo nell'uccisione di un fanciullo cresciuto, così non si vede di qual importanza sia quella caratteristica (3). Ma sebbene non si possa negare qualche inconseguenza nel detto art. 300, bisogna per altro ammettere, che al legislatore si affacci principalmente il caso d'infanticidio, commesso dalla madre incinta fuori di matrimonio sul figlio nato di fresco: ed allora bisognava, per torre ogni dubbio, aggiungere l'attributo *nouveau né*, perchè altrimenti i tribunali avrebbero po-

(1) Come fa Rosshirt Elem. di dir. crim. p. 346.

(2) V. Salchow Elem. p. 201.

(3) Desrivieux Essais p. 119. Bayoux Leçons prélim. p. 107. Imbert, Diss. de infantic. p. 42. Broukère (Diss. de infantic. Leod. 1823) credo, che ancora un bambino di più giorni possa costarsi per un *enfant nouveau né*, e lo deduce dall'art. 397. del *Codé pénal*, e dall'art. 58 del *Codé civil*.

tuto credere, che non vi fosse legge penale, che contemplasse l'infanticidio proprio. Ora per altro quel carattere è anche meglio collocato nell'articolo, dopo che la verità ha trionfato, ed il nuovo progetto di legge di già approvato (1) ha concesso ai giudici la facoltà di abbassare la pena contro la infanticida sino alla casa di lavori forzati in perpetuo.

Ora, ammettendo il requisito, che il bambino ucciso debba esser nato di fresco, si sollevano grandi controversie nel determinare, qual fanciullo debba riputarsi per tale. Alcune corti francesi proposero già, che il legislatore fissasse un certo tempo, entro il quale il bambino dovesse considerarsi come *nouveau né* (2), e diversi giuristi (3) trovarono un vuoto nell'art. 300, dove non è stato fissato il detto tempo. Fra le nuove legislazioni tedesche quella di Baviera (4) ha fermato, che un bambino, che non ha ancora tre giorni, si debba riguardare come nato di fresco. Si è affermato sovente a torto (5), che anche il legislatore prussiano abbia fissato questo termine, e dichiarato come nato di fresco quel fanciullo, che non ha ancora compiuto ventiquattro ore; perocchè gli articoli, che si citano (6), parlano solamente di quell'ordine di polizia, in virtù del quale la morte di un bambino, che è nato morto, o che ha cessato di vivere dentro le ventiquattro ore, debb'esser denunziato all'autorità dentro ventiquattro ore. Alcuni recenti progetti, e specialmente il bavaro del 1825 art. 242, quello di Erhard § 722, ed il sassónico del 1824 art. 440, hanno effettivamente ristretto l'infanticidio alla sola strage di un fanciullo, ucciso nel tempo del parto o dentro ventiquattro ore dopo di esso, tuttochè il pro-

getto sassónico abbia antivenuto con una giunta (7) molti pregiudizj di certi termini troppo precisi. Ma noi non esitiamo a giudicare superflua, ed anche inopportuna e pregiudicevole ogni definizione legale della nascita recente con assegnazione di un tempo. Solamente il diffidare del buon senso dei giudici, ed il credere, che le sole leggi esatissimamente determinate possano rimuovere i pericoli dell'arbitrio, hanno generato sì fatte disposizioni legali. Se si esamina la ragione, per cui nell'infanticidio si richiede un bambino nato di fresco, si vede agevolmente, che non si può fissare alcun termine uguale. Accadrà di rado, che quello stato fisico e psicologico, che dal legislatore è riputato come mitigante, perseveri nella madre ventiquattrore; ed anche più difficilmente gli si potrà accordar la durata di tre giorni. Postochè si fatti termini fossero legalmente stabiliti, il giudice dovrebbe dunque comprendere sotto il titolo dell'infanticidio un gran numero di casi, che non meriterebbero una punizione più mite. Che se poi il legislatore fissasse un termine più ristretto, per esempio due ore, dovrebbe temere di divenire ingiusto; perchè può molto facilmente accadere, che lo stato dimimente l'imputazione sia di più lunga durata. E dunque inutile regolar legalmente a ore simili posizioni; anzi il legislatore non dee qui servirsi della sua autorità, perchè il rotto giudizio della colpa dipende dall'esame di tutte le circostanze secondarie individuali. Ma se poi la nascita recente si vuol ritenere finchè rimane occulto il parto del bambino, allora si che questo carattere non si può determinare ad ore, nè a giorni. Lo studio di regolare questo requisito a tempo certo può portare il danno, che sia punito il semplice caso, o commessa la più grande ingiustizia. Se per esempio una donzella uccide il suo figlio nell'ultima ora del terzo giorno dopo il parto, sarà infanticida, ed a tenore del diritto bavaro soggiacerà alla pena della casa di disciplina; laddove un'altra donzella, che uccida il figlio pochi minuti più tardi, cioè quando il bambino abbia compiuto il terzo giorno, andrà sottoposta alla morte.

Se ci volgiamo ai giuristi, vedremo

(1) L'art. 3. del nuovo progetto, presentato il 5 Aprile 1824 alla Camera del Parigi, « La peine prononcée par l'art. 300 du code pénal contre la mère coupable d'infanticide, « pourra être réduite à celle des travaux forcés à perpétuité. Cette réduction de peine « aura lieu au profit d'aucun individu autre que la mère ». V. anche Carnot Comm. sur le code pénal, vol. II. p. 369.

(2) Observations des tribunaux criminels sur le projet, vol. 1. p. 10; III. 3; IV. 7.

(3) Destriveaux l. c. p. 120.

(4) Art. 159. Concorda il cod. d'Oldenburg art. 169. Il progetto di Württemberg art. 157 parla d'un fanciullo, che è stato ucciso immanente, e subito dopo il parto.

(5) Jenuil Dir. crim. austr. parte II. p. 233. in nota.

(6) Dir. prov. pruss., parte II, tit. 30, art. 912. 913. 949.

(7) Essa esige, che la strage sia accaduta in un tempo, in cui la madre non abbia confessato nè la sua gravidanza, nè il suo parto ad alcuno, fuorchè alle persone della sua più intima confidenza, e che l'una e l'altra cosa si conservi ancora segreta.

professare opinioni egualmente diverse intorno alla nascita recente. Mentre alcuni osservan soltanto (1), se niuno, o le sole persone d'intima confidenza della madre ebber notizia del fanciullo; altri (2) appellano nato di fresco un bambino, la cui nascita è una novità pel pubblico (3). Altri chiamano nato di fresco un bambino, fintantochè (4) non è terminata nella madre la spaventosa lotta fra i sentimenti naturali ed il timore della vergogna: molti all'opposto (5) non riguardano più come nato di fresco il fanciullo, subito che il suo corpo ha una vita separata fuor della madre, e si apparecchia da sè la materia nutritiva. Coi più minuti ragguagli si è modernamente dichiarato in questo proposito Mende (6). Dopo che egli ha medicamente stabilito, i bambini nati di fresco esser quelli, che sono or ora venuti al mondo, hanno già respirato, e conservano ancora sopra di sè i caratteri della lor connessione con la madre, deduce, che la proprietà della nascita recente venga a cessare, tostochè l'ombelico è pienamente guarito, e che questa guarigione accade nell'ottavo, o nel nono giorno, quando cade il resto del talco. Laonde ammette anche Mende, che la fanciullezza effettiva incominci solamente allorchè spariscono nel bambino i caratteri, che lo attaccavano immediatamente alla nascita, ed i pericoli, che sino a questo cambiamento hanno luogo. Lo stesso Mende sente per altro, che il diritto criminale non si può contentare di questa determinazione. Quindi egli distingue in tre periodi lo spazio della nascita recente. Il primo si estende dal momento della nascita sino alla piena respirazione, quando il più delle volte esiste tumefazione di capo e d'occhi, sovrapposizione delle ossa della testa, aderenza di sudume e di umidità. Questo periodo è importante, perchè in esso frequentemente si dubita, se il bambino abbia vissuto, o no, dopo la nascita. Il secondo periodo si estende dalla piena respirazione sino al gustamento del latte, o di altre sostanze nutritive. Il terzo si riconosce dall'esistenza della poltiglia formata di quelle sostanze. Questo terzo pe-

riodo, secondo l'opinione di Mende (7) è il più esatto. Subito che nel corpicciuolo si trovano i resti di pigliato nutrimento, risulta, che il bambino ha vissuto, e che ricevè le cure materne: e ciò essendo, vano, secondo Mende, a dissiparsi per la massima parte i riguardi, in grazia dei quali l'infanticidio è meno punito. Tostochè la madre ha dato da sè medesima, o ha fatto dare alimento al bambino; il grande eccitamento del sistema nervoso è cessato, essa è già ritornata capace di riflessione razionale, e l'amore materno già risvegliato dee trionfare dei riguardi, richiesti dalla situazione personale della donna. Quindi Mende afferma, che una madre, la quale uccide intenzionalmente il suo figlio, dopo avergli apprestate le sue cure, non ha più diritto ad essere dolcemente trattata.

Or se si cerca, qual sia fra queste varie opinioni la buona, e se si prende ad esaminare, quantosemplicemente la giurisprudenza francese ammetta la nascita recente (8); si scorge tosto, che il carattere di questa non può esser desunto dall'aver la madre occultato il bambino, nè dall'essere stata la sua nascita ignorata da tutti. Imperocchè altrimenti bisognerebbe ammettere un infanticidio nel senso più mite, quando la madre uccidesse il bambino, di cui fosse scaltamente riuscita a tener nascosta la nascita per un mese (9). E quando Werner (10) asserisce, che abbia diritto al *privilegium lenioris poenae* anche una madre, che dopo avere occultato per un anno il suo figlio illegittimo, lo uccide, perchè il suo disonore è in pericolo di essere scoperto: noi possiam concedere al più, che questa infanticida ancora, date certe circostanze, possa colpirsti di una pena più mite: ma poichè il vero fondamento della minor punizione dell'infanticidio proprio non consiste solamente nel timore del biasimo, ed in altri motivi consimili, ma ancora nell'indole dello stato psicologico e fisico della partoriente, che ferma ed effettua la risoluzione di uccidere; così non si può ammettere, che una donna, la quale priva di vita dopo qualche anno il bambino, fino ad allora occultato, abbia eseguito la strage di un fanciullo na-

(1) Esempligraria Klein Dir. pen. §. 348.

(2) V. Werner Instit. di dir. pen. p. 341.

(3) Così si dichiara anche Rosshirt Elem. p. 347.

(4) Grolmann Dir. crim. §. 276.

(5) Tittmann Instit. ediz. 2. tomo 1. p. 342.

(6) Instit. di medic. for. tomo III. p. 498, 238, s. 562-64.

(7) I. c. p. 561.

(8) Carnot Comm. vol. II. p. 28. dice: « Il a doit être entendu l'enfant, qui vient de naître ou de l'instant, qui suit immédiatement sa naissance ».

(9) Tittmann Instit. I. p. 243.

(10) Instit. §. 545. p. 341.

o di fres co nel senso dell' art. 131. (1). La regola, che il bambino cessi di essere *recens natus* appena il suo corpo si è abituato ad una vita, separata da quella della madre, oltre ad essere sommamente indeterminata, non può riguardarsi come decisiva. In fatti da una parte ogni fanciullo è maturo, tostochè è distaccato dalla madre, e per si fatta maturità è capace di vita indipendente, la quale è manifestata dalle prime grida; e da un' altra parte è verissimo, che egli solamente nell' ottavo, o nel nono giorno, perde i caratteri della sua connexion con la madre, e che dopo questo tempo soltanto si abitua ad una vita per sè stante fuori di lei, per moelo che si dovrebbe conseguentemente ammettere un infanticidio su di bambini, che non avessero ancora compiuto l'ottavo giorno. Se non che la circostanza, che il fanciullo non si era peranco avvezzato alla vita esterna, non può mai esercitare influenza sulla minore imputabilità della madre. E tanto meno, perchè dopo la morte di lui è sommamente malagevole riconoscere con certezza questo carattere. Anche l'opinione di Mende non può sempre riuscir profittevole ai criminalisti; perchè non è applicabile ai bambini, che furono uccisi, prima che la madre gli alimentasse; e perciò sarebbe mestieri ammettere, che si conservasse *recens natus* ogni fanciullo, ancora pervenuto all'ottavo od al nono giorno finchè la madre non lo avesse allattato, e che così si potesse su di esso commettere infanticidio. La più semplice idea della nascita recente nel senso dell' art. 131, può dedursi unicamente dalla ragione, per cui la legge imputa meno l'infanticidio. Esiccome questa ragione è riposta nella morbosa attività del sistema nervoso della partoriente per motivo del parto, la qual morbosa attività è pure aumentata dalle cause stimolanti all'infanticidio, e la ragione non può esercitar su di essa il suo pieno dominio; così l'infanticidio non può esser colpito da pena più mite, che quando è occasione di un bambino nato di fresco, quando cioè il fatto è commesso, o nel tempo dei travagli del parto, o subito dopo di essi. La determinazione di questo tempo ad

ore, o a giorni, non può esser fatta dalla legge (2). Il giudice criminale valuta il carattere poco dopo la nascita dietro la sola ragione del legislatore: ha riguardo all'esperienza onde vien dimostrato, che quello stato della partoriente il quale influisce sull'imputazione, può continuare anche dopo l'immediato distacco del figlio dalla madre (3), e quindi riconosce come nato di fresco il bambino, per l'applicazione dell' art. 131 della Carolina, finchè può congetturare, che la madre si trovasse in quella irritazione nervosa, che è prodotta dal parto. In ciò la decisione dipende dalla più accurata indagine di tutte le circostanze secondarie: e solamente allorchè risulta verisimile, che per via di fatti particolari, come di parto laborioso, di debolezza e di stupidità, cagionata da esso, lo stato contemplato dal legislatore perseverasse, e che il ritorno della riflessione fosse differito, egli può considerare come nato di fresco un bambino, tuttchè ucciso alcune ore dopo la nascita. Ma il giudice si guarderà dall' abbandonarsi a generali presunzioni, e non riconoscerà un infanticidio su di un bambino nato di fresco, quando risulti dagli atti, a) che la madre, dopo aver partorito, tornò alle sue abituali occupazioni, o 2) che prestò la sua materna assistenza alla creatura, cioè le diede il latte e poi la uccise; perocchè in ambedue i casi le circostanze dimostrano, che la donna aveva già riacquisito il possesso della sua riflessione, e che non ha diritto di essere più dolcemente trattata per causa di uno stato, che doveva già essere in essa cessato.

(2) V. Spangenberg nel nuovo archivio di dir. crim. tomo II. p. 27. Jenuil Dir. crim. aust. tomo II. p. 233. Salebow Elem. di dir. pen. p. 201.

(3) L'autore sa bene, che dietro le osservazioni degli ostetrici, lo stato d'irritazione nervosa dura sovente più giorni, e che può durare fino al compimento della debita separazione del latte. Ma in grazia di questa ipotesi non si può mai esigere dal legislatore, che punisca più dolcemente ogni donna, che uccida il bambino dentro il terzo, o il quarto giorno dopo il parto. Di più sarebbe malagevole il dimostrare, che la partoriente rimanesse per tre giorni in uno stato simile a quello, che si presenta nel parto, e subito dopo di esso. Ma se per via di circostanze speciali questo stato morboso fosse effettivamente durato più inuguamente; noi abbiamo avvertito il giudice ad avere quei medesimi riguardi, che avrebbe, se il bambino fosse stato ucciso immediatamente dopo il parto.

(1) Gens, del delitto d'infanticidio, Hannover 1824, chiama nato di fresco un fanciullo, fintantochè non è stato nutrito e vestito, fintantochè la madre seguita a soffrire le conseguenze immediate del parto, e fintantochè niuno ha notizia dell'esistenza del medesimo, tranne la madre, i suoi genitori, e il fecondatore p. 86 62.

## S. 8.

## Vitalità del fanciullo.

Non è meno controversa la quistione, se l'infanticidio si commetta soltanto su di un fanciullo vitale, e che cosa s'intenda per *vitale*. L'articolo 131 della Carolina non parla che di un bambino, *qui vitam ac membra accepisset*, o che forma naturae congruente praeditus sit; onde a diversi giureconsulti è piaciuto di credere (1), che l'art. 131 abbia voluto dir solamente, che l'infanticidio non si possa commettere sopra un parto mostruoso, ed altri son di opinione (2) che la menzionata costituzione abbia voluto in generale riferire le sopradette parole soltanto alla vita del fanciullo, in quanto che un fanciullo, che non ha forme convenienti di membra, sia un embrione, e non venga al mondo come creatura vivente. Non bisogna dunque stupirsi, quando varj giureconsulti affermano (3), che la vitalità non sia un requisito della essenza di fatto dell'infanticidio, avvegnachè ancora la distruzione di un uomo mortalmente ammalato sia omicidio del pari che quella d'un individuo intieramente sano, e l'uomo vicino alla morte conservi pur sempre un egual diritto alla vita; altrimenti bisognerebbe, per esser conseguenti, affermare, che la madre non si potesse punire, che quando avesse conosciuto l'esistenza della vitalità. Anche diverse nuove legislazioni, come per esempio l'austriaca, la prussiana, e la francese, non fanno alcuna menzione del carattere della vitalità, ma il maggior numero de' moderni criminalisti (4) ammette questo carattere come requisito indispensabile della essenza di fatto dell'infanticidio: e nello stesso modo il codice di Baviera, (5), ed i codici che lo

hanno preso a modello, esigono la vitalità. Si dee certamente riputare, che la Carolina con la parola *gliedmassig* non volesse significare quello che noi appelliamo *vitale*. Le massime in allora professate dalla medicina forense, la scarsità d'indagini fisiologiche, e la traduzione di Remus parlano a favore di questa opinione: ma l'occasione alle idee che s'introdussero più tardi, fu indubitabilmente somministrata dalle parole della prenominata costituzione. Un bambino, che non è ancora così maturo, perchè non ha sufficiente sviluppo di membra, dee riguardarsi come embrione: ed allora si può certamente trattare di procurato aborto, ma non d'infanticidio. Se ciò si concede, fa d'uopo ammettere conseguentemente, che un fanciullo, i cui organi sono ancora conformati sì poco, ch'ei non possa continuare una vita indipendente fuori della madre, si dee riputare immaturo: quando la legge richiede per l'infanticidio un bambino vivente, ella dee, per torre ogni dubbio sul carattere della vivenza, esigere ancora un bambino vitale; perchè solamente uno di tal fatta può veramente chiamarsi vivente, e perchè quei segni, che potevano avere un valore come caratteri della vita incominciata fuori dell'utero materno, non sono che fenomeni di una vita apparente. Il semplice esser vivente qui non basta; perchè un bambino, che è nato nel sesto mese della gravidanza, e già potea dirsi sviluppato di membra (6), è in grado di dare senza contrasto del segni di vita, avvegnachè possa venir vivo alla luce, vivere alcune ore (7), respirare, vagire, muoversi, ed anche poppare (8); oppure è un punto stabilito appo i fisiologi, che avanti la trigesima prima settimana di gravidanza (9), il

1824 §. 422. ammette, che sul figli nati di fresco si possa commettere il delitto di omicidio solamente quando sono maturi, ed hanno quelle parti corporee, senza le quali non potrebbero continuare a vivere fuori della madre.

(6) V. la descrizione dello stato del feto segmente negli elem. di med. leg. di Meckel I. p. 341-343, e Mende Instit. parte II. p. 267.

(7) In un caso narrato da Kopp, Annali di med. pub. tomo III. p. 128. un bambino di sei mesi visse cinque notti e quattro giorni.

(8) Mende I. c. p. 270. V. anche il caso narrato da Kenke nei trattati, parte III. p. 271., nel quale un bambino, nato nella vigesima-sesta settimana della gravidanza, continuò la vita per dieci giorni.

(9) Propriamente dal giorno 210.<sup>o</sup> dopo la concezione. Henke trattati, parte III. p. 265.

(1) Seichow Elem. ediz. 3. p. 201.

(2) Tittmann Instit. I. p. 350.

(3) Seichow. Tittmann I. c. Werner Instit. p. 345. Spangenberg Archivio III. p. 28. Imbert. Diss. de infanticidio p. 50. Henke Instit. di dir. crim. §. 165. V. anche Broukere Diss. de infanticidio p. 47.

(4) Gli antichi dottori, citati da Tittmann, parte I. §. 171. nota d., per esempio Carpoz, e Krep non si dichiarano palesemente. V. per altro segualmente. Quistorp §. 270. Feuerbach §. 236. Jengli Dir. crim. austr. parte II. p. 234. Rosshirt Elem. p. 346., Carmignani jur. crim. elem. vol. II. p. 114.

(5) Cod. di Bav. §. 157. Parimente il nuovo cod. di Berna §. 16. il progetto sassanico del VOL. II.

bambino non è formato per modo, che possa sostenere pienamente e di continuo le funzioni della vita, e durevolmente conservare la vita medesima. Quindi un bambino vivo, la cui vita organica non è permanentemente costituita, non può chiamarsi maturo. Il paragone dell' infanticidio con l'uccisione di persone cresciute non regge. Imperocchè in queste ha già avuto principio una vera vita, e tutti i diritti, che la legge concede all'uomo vivente, sono esercitati da esse; mentre un feto, che non è ancora tanto maturo, da potere naturalmente continuare una vita indipendente fuori della madre, non ha effettivamente cominciato a vivere, non essendo che un'apparenza ciò che si potea chiamar vita, e non avendo la stessa natura destinato ad occupare un posto fra i viventi. Quindi non vale neppure l'opporre, che altrimenti si potrebbe uccidere il mortalmente ammalato; perchè questi già vive, ed ha diritto di non vedersi abbreviata la vita. Oltre di che non si può mai con tutta precisione asserire, che il mortalmente ammalato sarebbe stato irrimediabilmente perduto; laddove il bambino non vitale non ha ancora incominciato effettivamente a vivere. A questo è cosa certa, che non fu tolta la vita, perchè ciò che poteva appellarsi con questo nome, non era una vita reale durevolmente costituita.

Ove si conceda pertanto, che l'infanticidio non si possa commettere che sopra un fanciullo vitale, fa di mestieri indagare, che cosa si debba intendere per *vitale*. Le osservazioni sul codice penale bavaro (1) dichiaran vitale quel bambino, che viene alla luce in tal grado di maturità, da poter continuare la vita fuori del grembo materno: e riguardano come vitale anche quel fanciullo, che per causa di malattia, o di difetto organico, ha portato seco le cause di una prossima morte, purchè abbia ricevuto la debita matrazione nel sen della madre. Si vede, che qui si allude alla notoria opinione, per cui si considera come vitale un fanciullo settimestree: ma in generale i vocaboli usati in queste osservazioni non sono precisi; perchè maturità si prende per equivalente di vitalità, mentre la medicina legale fa distinzione fra queste due espressioni (2). Inoltre è inesatto il far dipendere la vitalità dalla condizione, che il feto sia settimestree. Subito che

si concede, che non sia vitale un fanciullo, i cui organi, perchè è nato avanti il settimo mese, non sono formati per modo, da renderlo capace di continuare la vita fuori dell'utero; bisogna, per esser conseguenti, profittare ancora delle osservazioni di alcuni medici moderni, ed ammettere, che ogni qualvolta un fanciullo nato di fresco abbia in sé tali vizj di conformazione, che, secondo l'esperienza fatte sinora, distruggano affatto la vitalità, questa non si debba riconoscere dai criminalisti. Ciò si suole spesso negare a torto. Ma il criminalista conseguente, o dee rigettare in genere la vitalità, come carattere della essenza di fatto dell'infanticidio, o professare ancora l'accennato principio. Imperocchè od un fanciullo non possa continuare a vivere a motivo della troppo breve gestazione, o a motivo di vizj organici, la cosa è la stessa. In amendue i casi egli non ha incominciato veramente una vita durevole, vuolsi considerare come naturalmente immaturo, ed i fenomeni d'una pretesa vita apparente non dovrebbero fare illusione al giureconsulto. Un bambino, che dopo la nascita respirò, ma che per cagion della fenditura della spina non potea continuare a vivere (3), od un altro senza cranio, che visse un'ora (4), dee riputarsi non vitale ancora dal criminalista; perchè il medico, a cui solamente compete il giudizio di sì fatta questione, dichiara la mancanza di vitalità. Ma soltanto allorchè il medico afferma, che, o per cause della formazione incompiuta degli organi necessari a continuare la vita, o per causa di una cattiva conformazione, che secondo le leggi di natura sopprime le condizioni della vita, il fanciullo non è vitale, deve ammettere questa proposizione ancora il giureconsulto (5). Non si può all'incontro parlare di mancanza di vitalità, quando il medico dichiara solamente di aver ritrovato forme irregolari, o cattive conformazioni, che non tolgono affatto la capacità di vivere, ma rendono dubbiosa una lunga vita, o fanno temere una vicina malattia incurabile (6), o quando

(3) V. il caso nel repertorio di Pyl I. p. 55.  
(4) Meckel Instit. d'anatom. patol. p. 241.

(5) Quanto grande sia l'influenza di queste cattive conformazioni, lo hanno modernamente mostrato con gran precisione. Mende Instit. di med. leg. tomo II. p. 328 32, 360 tomo III. p. 365, e Meckel Elem. di med. leg. p. 346.

(6) Quando esempigrazia al bambino manchi un rene: nel qual caso suol nascere l'idropisia, o li mai della pietra. Mende II. p. 335.

(1) parte II. p. 34.

(2) Metzger Sistema della scienza della medicina legale. §. 283.

si potea presupporre una debolissima esistenza, come effetto di cattiva conformazione. Dove il giureconsulto proponga chiaramente le sue domande al medico; dove non si contenti di pareri superficiali, e repulisti, che il requisito dalla legge voluto venga a mancare solamente quando i periti asseriscono, che la cattiva conformazione rendeva il fanciullo assolutamente incapace di continuare la vita, o di cominciarla veracemente; non si potrà ragionevolmente temere, che il nostro modo di dedurre la vitalità sin per generare l'impunità di molte infanticide (1).

### §. 9.

#### *Dell'occultazione della gravidanza e del parto.*

L'occultazione della gravidanza e del parto si considera dai criminalisti, o 1) come un requisito della essenza di fatto dell'infanticidio, o 2) come un indizio di questo delitto, o 3) come un reato particolare, punibile di per sè. Noi ne prendiamo a parlare soltanto sotto il primo rispetto.

Anche in questo tema le idee dei criminalisti e dei legislatori sono incerte. Alcuni parlano in generale dell'occultazione della gravidanza, vi sottintendono ancora il parto segreto, e cercano di provare, che questo carattere non appartiene all'essenza di fatto (2); altri chiedono solamente, che il fatto sia segretamente accaduto (3); mentre la maggior parte dei moderni criminalisti esige l'occultazione della gravidanza, come requisito della essenza di fatto (4). Le nuove legislazioni per lo più non fanno espressa menzione di questo carattere; e solamente il progetto per la Sassonia richiede l'occultazione della gravidanza e del parto.

(1) Nello scritto di Gans sopra l'infanticidio, p. 390, si chiama *gliedmassig* il bambino, quando è nato maturamente, ha forma umana, e possiede quelle parti corporee, senza le quali non potrebbe continuare la vita fuori dell'utero. V. ancora a p. 64-76.

(2) Spangenberg Archiv. di dir. crim. tomo III. p. 28.

(3) Werner Instit. p. 316. Rosshirt Elem. p. 347. Ma l'ultimo dice nella nota 12, che la segretezza della strage presuppone naturalmente anche l'occultazione della gravidanza e del parto.

(4) Feuerbach §. 236. 278. Salchow Elem. §. 221. Hunko Elem. §. 165. Tittmann Institut. tomo I. p. 351.

Si vuole ammettere, come cosa certa, che l'art. 131 della Carolina non abbia voluto questo carattere, come requisito essenziale: e le parole *clam occiderit, edidisset ac celasset, e clam gestat*, non si possono addurre a provare, che Carlo V. abbia considerato l'occultazione della gravidanza come requisito: ma in parte accennano la circostanza, nella quale il delitto è più frequentemente commesso; in parte si connettono con quelle espressioni dell'articolo, che additano l'occultazione della gravidanza come un indizio dell'infanticidio. Ma se questo delitto si prende nel senso, in cui la consuetudine forense lo giudica meritevole di pena più lieve del parricidio, comprende agevolmente, quanto si debba esigere l'occultazione della gravidanza come requisito dell'infanticidio; perocchè sotto questa sola presupposizione il sentimento della vergogna può operare, con tutta la forza sulla partoriente in quello stato di somma eccitabilità. Principalmente coloro, che ritrovano nel timore del biasimo il vero motivo di diminuzione della pena, debbono esigere l'occultazione della gravidanza; onde non si sa intendere, come Feuerbach (5), dopo aver richiesto l'occultazione della gravidanza per l'essenza di fatto dell'infanticidio, consideri poi qual causa attenuante il non aver la madre tenuto nascosto di essere incinta. Or siccome, secondo il suo concetto, la ragion capitale dello scemamento di pena sta nel timore di perdere l'onore del sesso, e colei sola, che si occulta, dimostra che si fatto motivo agisce sopra di lei; così, quando l'occultazione manca, e la madre non ha da ricoprire alcun vitupero, il suo delitto si dee collocare nel grado ordinario della penalità, del parricidio. Non sarebbe difficile trovarsi d'accordo, quando si prendesse a distinguere l'occultazione della gravidanza da quella del parto, e ad esaminare il vero motivo, per cui l'infanticidio si tratta più dolcemente. Questo motivo non consiste soltanto nell'idea di allontanare la perdita dell'onore del sesso, ma ancora nell'indole fisica e psicologica dell'atto del parto, e nella condizione di una donna illegittimamente incinta, la cui disperazione viene in quel momento doppiamente tormentosa, e le presenta nell'uccisione del figlio un mezzo facile e sicuro di evitar la vergogna. Or si fatto motivo non esige necessariamente l'occultazione della gravidanza. Imperocchè si può di leggieri ammettere, a) che una

(5) Elem. §. 237. conf. col. §. 240.

donzella incinta palesi il proprio stato al suo fecondatore, e che solamente dopo essere stata da lui ributtata, e levata di speranza del suo soccorso, entri nell'idea di liberarsi del figlio. b). Può immaginarsi il caso, che una donna, la quale da principio non fece della sua gravidanza un arcano, all'avvicinarsi del parto invitata da triste esperienze, dai bistrattamenti de' genitori, e da altre consimili cause, formi a poco a poco il pensiero di uccidere il figlio, partorisca segretamente, e metta a morte la sua creatura, e che dopo il parto dichiari a chi ne fa domandi, che non era veramente incinta, ma che aveva preso per gravidanza un ristagno, che poscia ha ottenuto suo sfogo. All'incontro l'occultazione del parto sarà il carattere, che porrà in essere un vero infanticidio: perocchè questa specie di occultazione serve di mezzo a ricoprir la vergogna, e nel medesimo tempo genera facilmente il pensiero di uccidere il figlio, comechè ne fornisca una sicura occasione. Mancando l'occultazione del parto, sparisce il motivo del timore di perdere l'onore del sesso, e bisogna credere, che un'altra ragione, per esempio l'amore del proprio comodo, o la volontà di sottrarsi al peso di alimentare il bambino, abbia spinto la donna al delitto. Per lo che il fatto dovrà in tal caso riporsi sotto il titolo del parricidio, tutlocchè ancora a pro di quelle infanticide, che non occultarono la gravidanza, nè il parto, possano qualche volta verificarsi delle scuse, che diminuiscono pena od esimano ancora da qualsivoglia imputazione. Queste scuse per altro non sono di tal maniera, che le contempi il legislatore nel determinare l'idea del delitto: ma vengono considerate, come ogni altro delitto, dal giudice nell'applicare la pena, quando la loro esistenza è provata.

### §. 10.

#### *Del requisito, che l'infante sia nato vivo.*

Il requisito del parto vivo non è veramente un carattere della particolare essenza di fatto dell'infanticidio, ma dipende dall'essere questo delitto una specie di omicidio, e dal non potersi commettere omicidio che sopra di un uomo vivente. Questo requisito è tanto essenziale (1), che ancora sotto l'impero di

(1) Un tribunale criminale francese nel suo parere sul codice penale ha proposto, che si dovrebbe stabilire la presunzione legale, che

leggi, che non ne fanno menzione, la pratica lo esige (2): onde in Francia nei processi d'infanticidio si propone ordinariamente al giurati la questione, se il fanciullo abbia vissuto, (3) ed essi, udita la discussione dei medici sopra le risultanze della docimasia polmonale, decidono la importante questione da gran conoscitori della materia !!!

Ma la verificazione di questo requisito nell'infanticidio è cosa soggetta a gravissime difficoltà. Mentre in fatti nell'uccisione di persone adulte la certezza della vita anteriore degli eccisi risulta di per sé; nell'infanticidio all'opposto l'obbietto del reato è un essere, della cui vita antecedente non possiamo avere alcuna prova, perchè d'ordinario nessuno ha veduto il bambino fuori dell'utero materno, nè può testimoniare che nascesse vivo, avvegnachè il momento, nel quale egli avrebbe dovuto incominciare a vivere, sembra essere stato pur quello della sua strage. La sola madre potrebbe informare i giudici su di ciò: ma essa, o non vuol deporre, o non merita fede: e l'atto del primo ingresso nella vita è di tal natura, che spesso distrugge la vita esistente, od intesa a svilupparsi, e produce dei fenomeni, che si potrebbero pigliare per segni di micidiale violenza fatta al bambino. Chi volesse attenersi alle testimonianze della madre, ed ammettesse, che questa non fosse disposta a tradire la verità, dovrebbe notare, che non merita piena fede, anche perchè non potè osservare i fatti con quella tranquillità circospezione, ed in quello stato fisico e psicologico, che le leggi presuppongono, per credere ad un testimone. Non mancano esempi, in cui la madre medesima confessò di aver fatto diverse incisioni col coltello sul corpo del figlio, che aveva gridato, e nei quali ciò non ostante non si ardi, dietro le risultanze delle medesime investigazioni, di dichiarar dimostrata la vita del fanciullo (4). In un altro caso la madre confessò assicurava di aver gettato il suo bambino nel pozzo, e di averlo sentito piangere: eppure i periti doverono ammettere (5),

il bambino abbia vissuto. V. *Observation des tribunaux criminels* vol. II. p. 56.

(2) Carrot Comment. sur le code pénal, vol. II. p. 28. Imbert. *Diss. de l'infanticide* p. 21.

(3) Legraverend *Traité de législation crim.* t. III. p. 104.

(4) V. un parere notevole nell'archivio di Horn per l'esperienza medica, anno 1819, tomo I. p. 281.

(5) Klein *Annali di legislazione e di giurisprudenza*, tomo XVIII. p. 171. 185.

che il fanciullo dopo la nascita non aveva vissuto, ma che verisimilmente a motivo di una debolissima vita aveva in orificio uteri et in ipso momento *exclusionis* esalato lo spirito. Poco peso del pari dee darsi alle parole delle infanticide, le quali depongono di aver veduto muovere le braccia, le mandibole, le gambe del fanciullo; perchè è cosa certa, che ancora un bambino morto nel nascere può muovere quelle parti per convulsione, e per causa di galvanismo (1); e vno si ancora considerare, che si fatti movimenti possono essere puramente meccanici, come derivanti dalla mutazione di tutta quanta la posizione del corpo immediatamente dopo la nascita (2). Dee finalmente notarsi un fatto non abbastanza valutato dal processanti. Talvolta, o intenzionalmente (3), o casualmente, (4) può la bocca della madre accostarsi a quella del bambino, e facilmente ispirare l'aria nei polmoni di questo: nel qual caso si presentano de' fenomeni, capaci d'ingannare il medico nel rispondere alla quistione della vita del fanciullo.

È fuori di dubbio, che i contrassegni, accolti nel maggior numero dei nostri compendj (5) sulla fede delle antiche opere di medicina, per stabilire la vita dei fanciulli nati di fresco, debbono, dopo i progressi della fisiologia e della medicina forense, riputarsi fallaci. Ed io, che per l'amore della verità, mi son dato cura di studiare con qualche esattezza le indagini mediche moderne, voglio adesso cercare di esporre chiaramente e tranquillamente i risultati di questi progressi.

Primieramente il segnale del color dei polmoni, (6) che cioè il rosso pallido indichi la vita, è sommamente fallace; perchè è difficile descrivere chiaramente il colore; perchè nessun organo è tanto modificato da influenze interne ed ester-

ne nel suo colorito, quanto il polmone: perchè ei vogliono occhi essertissimi a distinguere le tenui ombreggiature dei colori; e perchè i saggi fatti sinora (7) sono stati di esito differentissimo. Poco del pari è provata la vita del bambino dalla circostanza, che il polmone sia dilatato e cuopra il pericardio; perchè dietro esperienze (8), fatte in quattro casi di bambini, che non avevano respirato, il polmone cuopriva intieramente il petto, ed in un altro caso, in cui il fanciullo aveva vissuto trentasei ore, il polmone era così piccolo, che appena si scorgeva. Anche il segnale desunto dal torace molto dilatato è ingannevole; perchè tutti i tentativi fatti in questo proposito non condussero a nulla, e perchè non si trova una misura comparativa della dilatazione normale (9). È cosa tristissima, che i nostri medici e ginreconsulti seguitino ad aver riguardo alla ragion del peso del polmone con quello dell'intero cadaverino (10). Schmitt ha già fatto osservare, che si danno polmoni grossi e piccoli, come grossi, e piccoli nasi, e che perciò si trovano polmoni leggeri di bambini nati vivi, e polmoni gravi di bambini nati morti (11). Se si aggiugne, che il ristabilimento della circolazione non è l'opera di un momento, e che si effettua a misura che la funzione della respirazione diventa più libera ed energica; se si pondera, che anche la qualità della morte influisce sul peso dei polmoni, come accade nelle suffocazioni per accumulamento di sangue; non si può attribuire alcun valore a questo segnale. Che se poi si osserva, che i risultati dei saggi istituiti sono stati fallacissimi; se si ha riguardo all'esperienza, fatte in quattrocento casi (12) nell'ospizio di maternità a Parigi, e si vede, che in un fanciullo vissuto due ore la menzionata ragione fu come 1: 65, in un altro nato morto, come 1: 143, in uno,

(1) Gage del delitto d'infanticidio p. 124.

(2) Archivio di Horn I. c. p. 405.

(3) Nel caso riferito da Horn I. c. ao. 1817. t. I. num. 21. una madre, che partorì morto il suo figlio, tentò per tre volte d'ispirargli l'aria.

(4) Mi è noto il caso di una donna, che sorpresa dai dolori partori nella fossa di una strada, dov'era probabilmente caduta, e che fu trovata con le labbra strettamente aderenti a quella della creatura.

(5) Nelle mie Istituzioni di procedura penale, parte I. p. 634-42, io ho già richiamato l'attenzione sopra la fallacia della decima polmonale.

(6) V. Büttner Completa istruzione per la ispezione oculare nell'infanticidio p. 35.

(7) Schmitt Saggi ed esperienze sulla decima polmonale p. 240. Capuron Medecine légale relative à l'art des accouchemens p. 390 V. anche Mende Insit. di med. leg. p. 190.

(8) A ciò guarda anche Quistorp principj. §. 270. nota d.

(9) Schmitt I. c. p. 230.

(10) Plouquet stabilì, che il peso del polmone, che non ha respirato, sta a quello di tutto il cadaverino come 1: 70, e che il peso del polmone, che ha respirato, sta a quello del cadaverino come 1: 35.

(11) V. Schmitt ne' suoi saggi I. c. p. 137.

(12) Il prospetto di questi esperimenti è stampato nella *Medecine légale, ou considerations sur l'infanticide* ec. par MM. Lericieux, Ricard, Laigné et Rieux, Paris 1819. p. 44 54.

che per quindici minuti avea mostrato solamente qualche apparenza di vita, senza poter respirare, in come 1: 42, farà d'uopo rinunziare alla speranza di confidare in un segno tanto ingannevole. Di altri pretesi contrasegni, come degli stravasi, e delle lividure, toccheremo più distintamente di sotto.

Importantissima è senza contrasto la docimasia polmonale, che già occasionata da antiche osservazioni sulla qualità del polmone (1), ma sviluppata principalmente da Raygor (2), fu applicata per la prima volta all' nso forense in Zeltz nel 1682, e poi si diffuse sempre di più (3). Delle docimasie, formate dalle indagini dei medici possono rilevarsi principalmente tre specie, e 1) la più antica e la più comune, cioè quella del galleggiamento, in cui si parte dalla legge, che i polmoni, i quali hanno respirato una volta, conservino sempre tanto di aria da essere specificamente più leggieri dell'acqua, per modo che quando galleggino in essa si debba dedurre la respirazione, e per ciò la vita fuori dell' utero: 2) la docimasia di Plouquet, dietro la quale si cerca la ragion della gravità dei polmoni col corpo del bambino, in quanto che il peso dei medesimi, se hanno respirato, stia a quello del cadaverino come 1: 35; se non hanno respirato, come 1: 70. (4): 3) la docimasia di Daniel, secondo la quale, oltre al peso, si guarda principalmente alla maggiore estension del polmoni, la quale nasce dalla respirazione, quindi all' allargamento della cavità del petto, ed alla pressione, operata dal loro dilatamento sugli organi di questa, ed alla conseguente evacuazione dell' intestino retto, e della vescica (5). Non si può mai richiamare abbastanza

l'attenzione del processanti e dei giudici criminali a procurarsi almeno una generale notizia dei requisiti di una esatta docimasia polmonale, perchè al compilatore degli atti spetta la direzione della sezione, e la cura di avvertire il medico che volesse essere superficiale, a farla con ogni esattezza. Chi potrebbe esempigrazia fidare in una docimasia polmonale, in cui si fosse usato il primo, quantunque impuro vaso, che fosse venuto alle mani, ed una vecchia bilancia quasi inservibile, levata da un angolo della casa? Il ministro impaziente, che desidera solamente di veder presto terminata la sezione, ne trascura frequentemente più esatti apparecchi, ed il medico, che non si vuol guastare con lui, è spesso conveniente fuori di tempo.

Oggidi meritano di esser nominate anche le proposizioni di Berni (6), e di Wildberg (7). Il primo trova difettose le docimasie finqui usitate, perchè non si ponderano abbastanza le alterazioni di circonferenza e di peso assoluto, sofferse dai polmoni per la respirazione: e quindi propone un calice (8), con l' uso del quale, istituendo esperienze su diversi polmoni, si dovrebbe ottenere un criterio sicuro per giudicar della vita dei fanciulli, Wildberg vuol rinviare le tre docimasie (9), e propone egli pure un calice; adattato, per quanto asserisce, ad instituir l' esperienze.

Tutte le specie di docimasia polmonale presuppongono una connessione inseparabile fra la vita esterna e la respirazione, di modo che un bambino possa respirar solamente fuori dell' utero, e col primo momento della respirazione immediatamente produca alcune alterazioni nel polmone, e nella ragion del suo peso col resto del corpo; che particolarmente il polmone, il quale respirò, a motivo della dilatazione cagionata dall'aria atmosferica penetratavi, divenga specificamente più leggiero dell'acqua comu-

(1) V. Meade Instit. I. p. 175.

(2) *Miscellan. naturae curiosior.* 1677. an. VI. dec. I. obs. 212. 299.

(3) V. la storia del suo progresso in Meade Instit. I. p. 299.

(4) Fra gli aderenti alla docimasia di Plouquet se ne trovano alcuni, come per esempio Jäger, che professano diversa opinione sulla ragion del peso: V. Meckel Instit. di med. leg. p. 372.

(5) Quando al modo di fare le docimasie. V. Büttner l. c. p. 54 — 68; Metzger sistema di med. leg. §. 308 — 347; Henke nell'archivio di Horn 1811 t. I. p. 377; Henke trattati di med. for. t. II. num. III.; Gunther revisione dei criterj, onde comunemente al servi la med. leg. per decidere, se un bambino trovato morto sia nato così, o vivo, 1820; Meade Instit. I. p. 175 — 206; Meckel Elem. di med. leg. §. 251 — 271.

(6) Proposizione di una nuova docimasia polmonale idrostatica, Vienna 1821.

(7) Appendice alle sue rapsodie di med. leg. Berlino 1822.

(8) Meade Inst. parte III. p. 486, dice, che egli molto prima di Berni avea concepito un simil pensiero.

(9) Secondo Berni p. 30. I polmoni, che non hanno respirato rimoveranno in un tal vaso la piccolissima quantità di acqua dello spazio, e faranno salire la sfera acqua in uno dei tre primi intervalli, formati per mezzo di linee parallele, e così indicheranno, che i bambini non hanno vissuto.

ne; che parimente nel polmone, che respirò, s'introduca maggior copia di sangue, che in quello, il quale non respirò, e che il sangue esistente nel detto viscere sia mutato, a motivo dell'aria atmosferica, in rosso; e che tanto per causa della circolazione esordiente, quanto per causa della dilatazion del polmone, abbian principio anche negli altri organi certe funzioni, che lasciano dietro di sé tali tracce, da poterne dedurre, che il bambino abbia incominciato la vita extrauterina.

Tostochè dunque si possa dimostrare, che la legge fisiologica, su cui si appoggiano tutte queste esperienze, non vere, e che respirare e vivere non sono cose fra loro inseparabilmente connesse, la docimasia polmonale, comechè edificata su di basi mal ferme, rimarrà destituta di forza probatoria.

1) Ora in virtù di moderne investigazioni si può ammettere come stabilito, che un fanciullo può aver respirato nel tempo della sua nascita, ed anche prima, e che sia morto avanti di terminare di nascere; in guisa che nel polmone di lui appariscono tutti i fenomeni della vita incominciata, ed il medico, che gli osserva, venga facilmente indotto a riconoscerla, benchè essa non abbia avuto effettivamente principio. Da alcuni periti degni di fede (1) è stato specialmente osservato il così detto *vagito uterino*, cioè il caso, che ancora nel grembo della madre il bambino abbia dato segno della propria esistenza con dei gridi, ed almeno con qualche gagnolio (2). Ancorchè l'osservazione possa essere stata in molti di coloro, che udiron gagnolare i bambini avanti la rottura del sacco, possano essere stati ingannati dalla loro fantasia; pel giureconsulto (3) per altro, che si attiene ai fatti, e rifiuta di ammettere come certa una cosa, quando gli sono addotti altri fatti credibili, che stanno in contrasto con essa, basta, che persone

autorevoli facciano testimonianza del vagito uterino (4). Anzi alla ragion naturale sembra molto chiaro e credibile il fatto di questo vagito, subito che si ammetta, che il sacco, entro cui si trovava il bambino, fosse già rotto, e le acque ne avessero in gran parte sgorgato, e quando si ponderi, che dagli sforzi del parto il bambino può essere spinto verso le parti genitali esterne della madre, per modo che l'aria atmosferica gli penetri per la bocca e pel naso, o che un fanciullo può aver protratto la testa nel tempo che le sue membra inferiori rimangono ancora dentro la madre, nel qual caso non può dirsi veramente nato, e può morire innanzi di terminare di nascere, ma per altro ha incominciato a respirare. Molto indebitamente alcuni difensori della docimasia polmonale hanno voluto sostenere, che quando in simili casi la madre pose la mano sulla creatura, non ancora nata compiutamente, si dovrebbe sempre trattare d'infanticidio punibile. Ma qui vi i medici profferiscono giudizio su di una materia, che non è di loro competenza. Il punto sia solamente nel determinare, se i fenomeni della respirazione sieno contrassegni necessari della vita di un bambino or ora nato; ed a questa domanda fa d'uopo rispondere negativamente, subito che si debba concedere il vagito uterino. La deputazione medica di Berlino affermò in un suo parere, che i casi di sì fatto vagito non si presentavano nel parti occulti, nè in quelli, che accadevano rapidamente e senza soccorsi, ma che presupponevano un parto lungo, in cui fosse stato apprestato l'aiuto della mano ostetrica nuda, od armata d'instrumenti: ma il giureconsulto non può dare alcun peso a queste obiezioni, perchè sa, che nei parti occulti si presentano gli stessi fenomeni che negli altri, e che le partorienti maritate soggiacciono alle stesse leggi naturali, cui sono sottoposte le donne, che divengono feconde fuori di matrimonio (5).

2) Il giureconsulto dee pure ammette-

(4) V. le cose dette sul vagito uterino nelle ultime note agli scritti menzionati, e nel saggio di Schmitt sulla docimasia polmonale, p. 150 — 172, Heuke trattati parte II. p. 116 — 181. Wildberg Instit. §. 216. Meade Instit. parte III. p. 504. Conrad negli annali d'Heidelbergh 1820. num. 40. Henke giornale di med. pub. anno 1. fasc. 3. p. 12 Capuron med. leg. p. 404 — 407. Gans dell'infanticidio p. 120.

(5) Contro il parere del medic di Berlino V. ancora Kenke nel suo giornale I. c. p. 21, e Meade Instit. t. III. p. 504 — 508.

(1) V. alcune antiche osservazioni citate nei trattati di Henke t. II. p. 117. V. anche Richter *Synopsis praxis med. obstetr.*, quam per hos XX annos exercui Mosq. 1810. Siebold giornale d'ostetricia t. I. p. 581 Oslander negli annuzi di Göttingha 1809. t. I. p. 159. Fiker nel giornale med. chirurg. di Salisburgo 1804. t. I. p. 239. 1810. num. 41.

(2) V. una narrazione notevole nel giornale di med. prat. di Hufeland 1823, fasc. 2. p. 89.

(3) V. i racconti-citati in nota nel §. 264 degli elem. di Meckel. V. ancora nella med. leg. di Capuron p. 402. le riflessioni sull'osservazione del dott. Beclard.

re come cerio, che dalla respirazione non è dato inferire la vita; perchè un fanciullo può aver vissuto senza respirare, nel qual caso si presenterebbero i fenomeni del difetto di vita. Quindi si può al più dimostrare, che un fanciullo abbia respirato, ma non già che abbia ancora vissuto. Or se si prova per esperienza, che questa vita senza respirazione è possibile (1), come quando il fanciullo è partorito entro il sacco, o viene alla luce asfittico, o quando dalla debolezza, o da materie viscosse, che gli riempiono le vie aeree, è impedito di respirare, o perchè ha qualche difetto di conformazione nel petto, o nel basso ventre; il giurista dee stimare fallace la conclusione, che, ad effetto di non favorir le vere colpevoli a pregiudizio dello Stato, si vorrebbe dedurre dalla docimasia polmonale (2).

3) Una docimasia, destinata a piantare la base di una illazione, sulla quale il giureconsulto dovrebbe proseguire ad edificare, perde il suo valore per esso, quando si può dimostrare, che le fatte esperienze dichiarano, che il galleggiamento dei polmoni non indica assolutamente in ogni caso la respirazione già incominciata, e che essi talora precipitano, ancorchè il fanciullo, cui appartenevano, avesse effettivamente respirato. Di ciò fanno aperta testimonianza numerose osservazioni (3) e quelli pure, che vorrebbero conservare la docimasia polmonale, si trovano costretti a convenire di aver fatto molti fallaci esperimenti (4) ed anche modernamente (5) è avvenuto un caso, in cui una madre confessò di aver ucciso e gettato nel pozzo il suo bambino, che aveva vissuto quattordici ore, e non ostante ambedue i polmoni del medesimo, benchè ritrovati pienamente

sani, immersi nell'acqua, precipitarono.

4) Inoltre si possono dare delle ragioni capaci di produrre l'aria nei polmoni, e così i fenomeni della respirazione, senza che esistesse la vita, e sovente nemmeno una vera respirazione: e ciò può esser la conseguenza d'una insufflazione, o tentata con buona intenzione tantodalla madre, quanto da' suoi congiunti (6), o prodotta dal caso, o tramata da persone di cattivo animo (7). L'opporre, che questo avverrà ben di rado, non accresce forza a sì fatto mezzo di prova; perchè tutto dipende dallo stabilire, se i fenomeni, onde la docimasia polmonale desume la vita del fanciullo, possono nascere da una cagione, che sia diversa dalla respirazione. Postochè ve ne sia la sola possibilità, e per questa bastano ancora casi rari, non lice più confidare compiutamente nella docimasia. Alcuni per vero dire si studiano di mostrare, che i fenomeni dell'aria insufflata possono distinguersi da quelli della respirazione, e della vita; che, quando l'aria fosse stata meramente insufflata, non, si vedrebbe alcuna notevole dilatazione di polmoni, o che almeno il polmone sinistro non sarebbe dilatato; che nei caso di aria semplicemente insufflata non si udirebbe alcun suono stridulo nella sezione, e generalmente non si troverebbe sangue spumoso nel polmone: ma tutte queste obiezioni rimangono confutate da positive esperienze (8), le quali hanno dimostrato, che l'insufflazione dell'aria è facilissima; che l'aria insufflata anche in poca quantità non si può fare uscire mediante la più forte compressione; che i fenomeni dell'aria insufflata sono nel polmone gli stessi di quelli dell'aria respirata; e che, siccome intelligenti ed onorevoli persone assicurano (9), è impossibile il decidere, se derivano dall'una, o dall'altra.

5) Il galleggiamento dei polmoni nell'acqua può, ancora senza respirazione, esser la conseguenza di aria in essi sviluppata per mezzo della putrefazione (10).

(6) V. un caso di questa specie nella guida di Büttner p. 197.

(7) Morgagni de sedes et causis morborum epist. 18. art. 47. Henke tratt. II. p. 147 Meckel Elem. p. 368.

(8) V. Schmidt Saggi p. 177 — 186. Capuron Med. leg. p. 410. Meckel Instit. parte III. p. 491. Lecieux Med. leg. p. 40.

(9) V. esemplarmente Austro Archivio di med. pub. t. I. p. 63, Hiera Archivio d'esperienza med. 1817. t. I. p. 502.

(10) Henke tratt. II. p. 142, Meckel Elem. p. 368

(1) Henke trattati parte II. p. 103 — 115 Meckel Elem. §. 263. Kopp Annot. t. V. p. 338. t. X. p. 362.

(2) All'obiezione di Conradi inserita negli annali d'Holdenberg 1820 num. 40 ha risposto Henke nel suo giornale p. 2.

(3) V. il caso narrato da Zeller nel 1691, e principalmente i saggi di Schmitt p. 216; Meistler progr. quo ostentitur ex pulmonis foetus innatatione vel submersione in aque nullum certum infanticidii signum desumi posse. Helmst 1722; Henke trattati parte II. p. 334 — 141; Meckel Instit. I. p. 178; Lecieux Med. leg. p. 36. 68.; Capuron Med. p. 420.

(4) V. Berni proposizione ec. p. 18 — 26.

(5) Remer, che nella sua edizione del sistema di scienza medica di Metzger cerca al §. 322 e 344 di giustificare la docimasia polmonale, riferisce poi questo caso nel giornale di med. pub. di Henke, su. 1., fasc. 1. p. 64.

In questo caso per vero dire l'inganno è più difficile; giacchè si sa, che l'aria enfimatica non produce la leggerezza specifica, e che un tale stato di putrefazione si può nel polmone agevolmente scoprire (1); ma siccome altri professori dell'arte (2) ricorrono ad esperienze diverse da quelle fatte da Schmitt; così il giureconsulto non può basar la sua fede sulla forza probatoria della docimasia polmonale, o si trova costretto in ogni caso a convenire, che questa non dimostra nulla quando il viscere è putrefatto.

6) Se si ricorre alla docimasia del sangue, se ne ottengono schiagliamenti anche minori; perchè questa si appoggia alle stesse pretese leggi fondamentali di quella del galleggiamento, ed ha contro di sé anche maggiori obiezioni. È in fatti dimostrato per mezzo di sperimenti (3) che la ragion del peso, sulla quale tanto si fondano Plouquet ed i suoi aderenti, non è mal sicura, e che tutta l'esperienza rimane guastata nella sua applicazione dalla perdita del sangue (4).

7) Or se queste docimasiae sono fallaci, quando non si trovano condizioni morbose nel fanciullo, la forza probatoria delle medesime andrà totalmente a disperdersi, dove si rifletta alla possibile esistenza di condizioni morbose, e si ammetta esempigrasia, che si trovassero nel polmone o una flogosi, od una suppurazione, o qualche tumore, e delle durezze, od un riempimento di materie viscosche. Allora si che la gravità specifica del polmone dee ritrovarsi inormalmente alterata, e debbono osservarsi fenomeni sempre più fallaci (5).

8) Neppure la docimasia polmonale intrapresa secondo le proposizioni di Berni e di Wildberg potrebbe pretendere alla forza di prova, sebbene assicuri una maggiore esattezza di sperimento. La svariatissima grandezza dei bambini e degli organi loro rende impossibile il discoprimiento di una misura ed un peso normale: inoltre la docimasia polmonale di Berni non riesce in qualunque modo ad atterrar le obiezioni, che si desumono dal vagito uterino e da altri fatti.

Nulla fanno di meglio le altre docimasiae (6), che già si ammisero come probatorie della vita, per esempio, quelle

della vesicela urinaria, e dell'intestino retto, le quali si fondano sull'opinione, che l'evacuazione dell'urina, e del visco infantile, non possa accadere senza respirazione, e quindi non abbia luogo, fintantochè il bambino rimane entro il grembo materno, a motivo della necessità di premere la valvola tracheale; per modo che il trovare in stato di vacuità la vesicela e l'intestino si considerava come un segno, che il fanciullo avesse respirato e conseguentemente vissuto fuori dell'utero (7). Ma siccome tutto ciò fonda sopra il principio, che la respirazione non sia possibile che fuori dell'utero, così le obiezioni, che stanno contro le docimasiae respiratorie, si oppongono ancora a questa. Poichè per altro è pure stabilito che il bambino, possa evacuare l'urina e il meconio anche nel grembo materno (8); che lo scarico della vesicela possa accadere anche nel tempo della nascita, mediante la pressione sull'addomine; che frequentemente la vesicela si è trovata vuota anche nei bambini appena nati, nel tempo che all'opposto se ne sono incontrati di quelli, che hanno scaricato l'urina solamente alcune ore dopo la nascita; è manifesto, che non si può affatto confidare in questa docimasia (9). Sebbene finalmente alcuni giuristi del tempo andato (10) appoggiati alle idee di certi medici (11), assicurino, che gli stravasi del sangue non possono avvenire dopo la morte; oramai per altro fa d'uopo rinunziare a tutta l'importanza, che una volta si attribuiva alle lividure. Si sa in fatti, che sovente si trovano spandimenti di sangue sotto la pelle di viventi e di morti solamente per causa di rottura di vasi, o di versamento dal loro orifizio (12), che prima della nascita e nel tempo di essa possono agevolmente comparire delle lividure (13); che queste derivan talora da putrefazione (14) che si fatti sgorgamenti hanno luogo sovente anche dopo la morte (15), come è

(7) Mende Instit. I. p. 201.

(8) Mende I. c. parte III. p. 244.

(9) Henke tratt. parte I. p. 24.

(10) Esempigrasia Quistorp Principij. 270. nota p.

(11) V. Mende Instit. parte I. p. 218.

(12) Katschmitt de sugillatione a causa interna oris Jen. 1763. Boha de sugillatione in foro ante judicanda, Lips. 1773. Henke tratt. parte I. p. 28.

(13) Rüdiger delle specie di morte violenta tratt. I. cap. 2. §. 23 - 26.

(14) Wildberg de vis. med. leg. quæst. dub. de infant. neogenit. Gotti. 1808. p. 81.

(15) Mende Instit. parte I. p. 218.

(1) Schmitt Saggi p. 204.

(2) Mende Instit. III. p. 494 Capuron Med. leg. p. 107. e seg.

(3) V. la med. leg. di Lerleux ecc. p. 44-54.

(4) Meckel Elem. §. 267.

(5) Henke tratt. parte II. p. 142. Meckel Elem. p. 371.

(6) Mende Instit. parte III. p. 510.

stato recentemente osservato in un giudizio notevole (1). Ed allorché non s'ignora, che all'occhio dei periti (2) si presentano frequentemente stravasi di sangue sotto il coperchio della testa, e che i tumori sanguigni sono assai comuni nel capo (3); bisogna interamente abbandonar la speranza di ricavar prove della vita dalle lividure.

Or se si raccoglie il risultato delle moderne investigazioni, e si ode dubitare da distintissimi medici della forza probatoria della docimasia polmonale; i pochi sostenitori della medesima non bastano ad ispirar fiducia al giureconsulto (4). Ma quando il giureconsulto conosce, essere una delle ordinarie discolpe delle infanticide l'asserire, che il fanciullo non era più vivo allorché venne alla luce; quando si riflette, che senza queste docimasia il criminalista non potrebbe che di rado stabilir la vita del bambino, e che da ciò deriverebbe l'impunità di vere infanticide; quando si osserva, che un gran numero di obiezioni contro le docimasia polmonali si fonda su di esperimenti fatti nelle case di maternità su di fanciulli periti di morte naturale (5); quando si considera, che frequentemente i medici forensi, dimenticando la periferia della propria competenza, entrano di troppo in questioni giuridiche, e nelle loro decisioni hanno troppo riguardo all'esito giudiziale; si vede, che non si può rinunziare assolutamente alle docimasia. Gans (6) ha recentemente cercato di ridurre a sette capi i risultati della docimasia respiratoria, e vuole, che il medico possa in buona coscienza dare il parere, che il bambino ha vissuto dopo la nascita, quando il suo corpo è sano e sviluppato, ed i suoi organi non presentano vizj capaci di distrugger la vita extrauterina; quando i polmoni sono schietti, e non hanno alcuna traccia di putrefazione; quando i medesimi sono colorati di un rosso lucido o cupo, e pos-

siedono una soffice consistenza; quando ricuoprono la maggior parte del pericardio; quando, così col cuore, che senza, uniti insieme, e tagliati in pezzi, galleggiano nell'acqua; quando sotto il taglio tramandano un suono stridulo, versano un sangue spumoso, e compressi gettano bolle d'aria; quando la cassa del petto è arcuata, la valvola tracheale è appiattata, la vescica urinaria è vuotata, ed il meconio è uscito.

Ma si può malagvolmente andare in questa opinione; perchè è dato di spiegare altrimenti ogni singolare fenomeno, che si ammette per un segno della vita; perchè le leggi fondamentali, su cui riposano le docimasia polmonali, sono fisiologicamente inesatte; perchè a motivo di circostanze, che il medico non può riconoscere, sorge un risultato affatto diverso da quello, che si calcola in condizioni ordinarie; perchè sono molliissime l'esperienza, che fanno testimonianza della fallacia di questi cimenti. Il giureconsulto adunque non può sulle docimasia basare alcuna certezza, e niun medico di coscienza pronunziare un giudizio sicuro. Aggiugne Gans alla sua dichiarazione, che si dee credere al medico, *massimamente quando esterni segni di violenza si presentano sul bambino, e la madre ne confessa la vita*: ma così mostra l'autore di non fidare nella docimasia polmonale per sè, e di voler ricorrere ad altre prove, che vengano offerte dal fatto. Se non che ancora con questa giunta egli procede tropp'oltre. Il medico in fatti, che deve attenersi alle proprie osservazioni sul cadavere, ed ai risultati de'suoi esperimenti non può lasciarsi determinare dalla confession della madre; anzi questa circostanza dee rimanergli ignota. Se il medico seguitasse la teoria di Gans, e giudicasse nato vivo il bambino, appoggiandosi alla docimasia polmonale, e principalmente alla confession della madre, farebbe erroneamente credere al giudice, di esser giunto coi mezzi della sua scienza a convincersi della vita, mentre fu mosso da una circostanza, la cui valutazione non gli apparteneva nemmeno. Una cosa affatto diversa si è il ricercare, se il tribunale, quando la vita del bambino è attestata dalla confession della madre, possa confidare di più nel conforme parere del medico, e se, per la ragion che concorda il risultato di diverse fonti probatorie indipendenti fra loro; debba decidere, che il fanciullo abbia vissuto (7).

(1) Processo crim. contro Fonk p. 562.

(2) Mende Instit. parte III. p. 138.

(3) Loder giornale di chirurgia t. II. p. 4. Nagels Esperienze e trattati sulle malattie del sesso femminile p. 243.

(4) Mosius Elem. t. II. §. 606. Witberg 1820. num. 40. Remer nella nuova ediz. di M-Liger §. 337.

(5) Meckel Instit. p. 378. §. in nota, che produce questa osservazione, s'mostra di troppo, quando afferma, che i bambini esaminati dal medico forense sono periti per lo più di morte violenta.

(6) Del delitto d'infanticidio p. 135.

(7) Sulla forza probatoria giuridica della do-

Mi sia lecito adesso di stabilire alcuni punti capitali, che nella quistion della vita estrauterina del bambino nato di fresco debbon guidare il giudice inquirente e il decidente.

1) La docimasia polmonale, ognorchè sia possibile, non dee mai trascurarsi dal medico; perchè può almeno fornire una verisimiglianza (1).

2) L'inquirente dee porre ogni cura (2), che la docimasia venga fatta nel più compito e più cauto modo, e che nel protocollo della sezione sia esattamente indicato, di quale e quanta acqua e come temperata, di qual vaso, di quali lincie si fece uso, e come si apparecchiò l'esperienza. Tutto ciò è necessario, affinchè il giudice decidente non presti fede alla docimasia, ognorchè nella particolare accuratezza con cui venne intrapresa non trovi una guarentigia dell'abilità e della coscienza del medico.

3) La sezione debb'essere ancora intesa a stabilire, se il bambino era sano, se tutti i suoi organi avevano le proprietà necessarie, se il polmone era pienamente schietto, o se per avventura vi si riscontrava qualche traccia di putrefazione. Il giudice inquirente dee pure determinare il tempo, che decorse dalla nascita sino al ritrovamento del cadavere, la natura del luogo, in cui giaceva il medesimo, la qualità del suo odore, e lo stato di sua conservazione, ed ordinare al medico di contemplare queste circostanze nel suo parere.

4) Nell'interrogatorio dell'incolpata bisogna cercar di scoprire nel più esatto modo possibile, come accadde il parto, quanto durò, quando la madre udì il primo vagito, o la prima voce del bambino, dove egli cadde, in qual luogo fu celato dalla madre. E questa dee richiamarsi ancora a descrivere esattamente lo stato, in cui si ritrovava il fanciullo quando venne alla luce, avuto specialmente riguardo a qualche imperfezione, che in lui per avventura esistesse. Bisogna scoprire del pari lo stato, in cui si trovò la donna avanti il parto, nel tempo del medesimo, e dopo di esso. E qui fa d'uopo, che il giudice non si contenti di generali espressioni, ma che si faccia

minutamente narrare tutto ciò, che ha relazione con quello stato, e ne concepisca la durata. Ninn processante, esperto richiederà certamente, se la madre inspirasse il fiato al bambino; chè l'interrogazione sarebbe viziala di suggesto, ma per mezzo di remote domande cercherà di convincersi intorno alla possibilità di questa circostanza, ricercando esempigrazia quali furono le prime cure, che ella si diede del fanciullo, o se non ne prese alcun pensiero; dove ella fosse situata, se cioè nel letto od altrove; in qual luogo era collocato il bambino, quando ella si riebbe.

5) La località, in cui avvenne il parto, e nella quale giacque il bambino, debb'essere esattamente stabilita per mezzo dell'ispezione oculare giudiziarla, e non di rado sarà necessaria una visita del medico sulla persona dell'incolpata, ad oggetto di determinare la periferia del bacino.

6) Se il parere del medico ammette nato vivo il fanciullo sul fondamento della docimasia polmonale, senza indicare il modo, in cui la intraprese, e senza aver avuto riguardo alla sanità dei polmoni e degli altri organi, alla possibilità della putrefazione, o della insuflazione dell'aria; il giudice è autorizzato ed obbligato a richiamare il perito al supplemento di quello che manca.

7) Ognorchè la docimasia apparisca incompiuta, ed intrapresa con cattivi stromenti, ognorchè risulti la putrefazione de' polmoni; ognorchè nell'osservazione non si sia avuto alcun riguardo alle altre circostanze secondarie, esempigrazia all'innareamento del torace, e ad altre simili cose; l'esperienza non merita alcuna valutazione, ancorchè il medico avesse positivamente dichiarato, che il fanciullo fosse vivo. È un errore di molti giudici il crederli assolutamente legati dalla dichiarazione del medico, e il non riflettere, che non già l'arido parere di essi, ma le ragioni, sulle quali è fondato, debbono muovere il tribunale, che non può ammettere come certo un fatto, quando non vengono assegnati sufficienti riscontri della sua verità.

8) Ma se il parere è compiuto, se ha contemplato tutti i punti necessari, ed è appoggiato a buone ragioni, ed il medico sulla fede della docimasia ammette la vita del bambino; potrebbe essere convenientissimo, che il tribunale rimettesse la perizia all'esame di un'autorità medica superiore. Questo procedere sarebbe giustificato dal dubbio, in cui le importanti obiezioni, alle quali si tro-

docimasia polmonale V. anche Capuron Med. lex. p. 301. 429, e Meade Instit. parte III. p. 509. 613.

(1) Proced. crim. prussiana §. 166.

(2) L'art. 244 del cod. crim. di Baviera ordina all'inquirente di richiamare il medico ad eseguire compiutamente la sezione delle tre cavità.

va esposta la docimasia polmonale, pongono il tribunale, e dalla considerazione, che, quando più periti fra loro indipendenti, e dotati di eminente dottrina, concordano, il giudice può determinare più facilmente il proprio convincimento.

9) Se il parere dell'autorità medica superiore pronunzia, che la vita del bambino non è ammissibile, o che è difficile decidere il punto con precisione, o che per la vita non milita che qualche remota verisimiglianza; il giudice con piena tranquillità può considerare il fanciullo come nato morto. Ma se al contrario l'autorità medica superiore ammette del pari la vita del bambino, o come certa, o come sommamente verisimile; il convincimento del tribunale acquista una base importante, e tutto allora dipende dalle altre circostanze.

10) Vuolsi avere principalmente riguardo all'esistenza di certi fenomeni, che sovente meglio della docimasia polmonale additano la vita già incominciata del fanciullo. La facoltà medica di Berlino<sup>(1)</sup> ammise per esempio in un caso d'infanticidio la vita del bambino, perchè la docimasia polmonale offeriva tutti i segni, che egli aveva vissuto, e perchè ritrovò nello stomaco del medesimo una piccola quantità della terra, sulla quale era caduto; onde poté concludere, che il fanciullo, avendo inghiottito, doveva avere pur anco respirato.

11) Se l'inculpata dichiara asseverantemente, che il fanciullo è nato morto; la reputazione, e la condotta di lei prima del parto, il concorso di circostanze, dietro le quali ella non ebbe straordinari motivi di delinquere, ed il suo modo di comportarsi durante l'inquisizione, specialmente il non essere incorsa in alcun mendacio, potranno render credibile la sua deposizione; e quando non si trovino sul cadaverino sicuri contrassegni di violenza, il tribunale non potrà arrischiarsi ad ammettere come certa la vita del fanciullo.

12) Se al contrario gli atti somministrano importanti riscontri d'infanticidio; se sul cadaverino appariscono sicuri contrassegni di violenza, e specialmente dalla qualità del parto, e da tutte le circostanze secondarie risultano argomenti, che possono indurre il giudice a credere, che la madre ha ucciso il figliuolo; il tribunale sopra il concorso di tutti questi motivi, e sul parere concor-

de del medico fiscale e dell'autorità medica superiore, potrà ammettere, che il fanciullo ha vissuto, e considerare questa parte dell'essenza di fatto come giuridicamente provata. Il tribunale poi dovrebbe sospettar della madre, se essa ha occultato anziosamente il suo parto, e lo ha negato anche quando era stato accertato; se ha scaltramente allontanato ogni persona dal luogo del parto, o cercato di sgravarsi segretamente in luogo pericoloso; se i dati speciali da lei somministrati intorno al successo del parto appariscono sommamente inverisimili, od anche impossibili, avuto riguardo alla località; se l'inculpata nei suoi esami è stata sempre vacillante, ed è incorsa in mendaci.

13) La docimasia polmonale servirà di guida al giudice, quando ai punti notati sotto num. 12 si aggiunga la confessione della madre, la quale deponga, che il bambino ha vissuto. Bensì ancora in tal caso fa di mestieri considerare, se la partoriente si trovò in tale stato fisico e psicologico, da poter giustamente osservare. Bisogna pur vedere, se la confessione dell'inculpata contemplò espressamente la voce del bambino, avvegna- ché gli altri contrassegni di vita sieno ingannevoli, e se questa voce fu veramente udita dopo compiuta la nascita, e non dipende meramente da un vaglio uterino.

Le cautele finqui descritte possono bastare a garantire il giudice da decisioni precipitate sopra la vita, e a consigliarlo di non omettere per soverchia vaghezza di evidenza l'uso di un mezzo che debitamente applicato può sempre fornire per lo meno una verisimiglianza.

## §. 11.

*Generali considerazioni da averci nell'esaminare le cause di morte.*

Anche il capitolo delle cause di morte dei bambini nati di fresco abbisogna di una revisione nei nostri compendj di diritto criminale; perchè in virtù dei moderni progressi della medicina molte possibilità, che per lo innanzi si negavano, sono riconosciute abbastanza fondate e molti contrassegni, che prima si riputavano prove sicure di lesioni micidiali, possono oggidì riguardarsi come assolutamente fallaci. Sovente i nostri giuristi hanno principalmente dimenticato, che l'atto della nascita, e lo stato, in cui si ritrova il bambino sino al momento del parto, genera certi accidenti

1. Horn Archivio d'esper. med. 1819 t. II. p. 297.

e fenomeni, che si sono finora frequentemente considerati come segni di violenza. Mentre nei cadaveri di persone adulte le lesioni dello stato normale possono permettere d'inferire, che le medesime sono state prodotte dall'altrui violenta attività; nell'osservare i cadaveri dei bambini nati di fresco non bisogna perder di vista, che il principio della vita estraneterina fu preceduto dall'atto violento del parto, il quale altera assai facilmente i teneri organi della creatura. Di più fa d'uopo riflettere, che in molte cause di morte, in virtù delle quali si asserisce che il bambino è perito per la negligenza materna, il rimprovero della colpa sparisce; perchè la madre viene esonerata dal suo stato fisico e psicologico dopo il parto. A chi oppone, che la conoscenza di simili stati e delle nuove scoperte non è necessaria al giureconsulto (1), perchè tocca al medico forense a somministrargli nella perizia sufficienti dichiarazioni, è agevole replicare, purché si ponderi, che il processante può istituire una plenaria investigazione di tutti i punti importanti solamente quando conosce l'influenza di certe osservazioni sopra la retta valutazione dell'infanticidio. Chi sa per esempio, che la questione sulla caduta dei bambini, sulle conseguenze del parto al luogo comodo, e sopra altre simili cose, dipende da molti piccoli particolari, non trascurerà nella sua inquisizione d'investigare si fatte circostanze. Neppure il giudice decidente può essere ignaro delle indagini mediche, perchè egli ha il dovere di proporre ai periti opportune questioni (2); e chi non conosce l'influenza di certi punti, nè la controversia, che sorge sopra di essi, non è in grado di presentare savie domande, nè di valutare, se il parere del medico sia soddisfacente, o se si renda necessaria una nuova perizia. Non è già mio intendimento di enumerare e di descrivere in questa parte della mia dissertazione tutte le cause di morte dei fanciulli appena nati: ma ragionerò solamente di quello, intorno a cui le moderne osservazioni mediche hanno ravvisato l'inesattezza delle opinioni, che sono state dominanti finora.

(1) Batobevera nel l. VII. dei materiali per la scienza e per l'amministrazione della giustizia negli Stati austriaci a p. 425 dimostra quanto sia importante pel giureconsulto la cognizione della medicina forense.

(2) Cod. crim. di Bav. parte II. art. 239. Beling nel giornale di med. pub. di Henke t. I. fasc. 4. num. 12.

Primieramente conviene raccomandare, che il processante si dia la massima cura di ritrovare il cadavere del bambino, e di stabilirne l'identità, mediante la ricognizione della madre. Vuolsi notare per altro, che alla sicura ricognizione del cadavere infantile molte fiate si oppongono gravi difficoltà; avvegna- ché la puerpera, che forse si sgravò in una camera oscura nello stato di disperazione, d'angoscia, e di stordimento, ed al primo crepuscolo del mattino si accorse della morte del figlio, e ne seppe precipitosamente il cadavere intriso di sangue, e degli altri umori sintomatici del parto, ad effetto di distruggere la testimonianza della propria vergogna, non è in grado di riconoscere positivamente la sua creatura, che non osservò a sufficienza. Laonde è una grande enormità quella di alcuni tribunali, che dalla dichiarazione, che fa l'inculpata, di non riconoscere precisamente il cadavere per quello del proprio figlio, deducono l'indurimento di cuore, e la moral corruzione di lei. Che dalla prova della vita della creatura si deduca a torto la prova dell'infanticidio, presumendo che la vita incominciata sarebbe continuata, se non fosse stata posta in opera una criminosa violenza, è stato di già ottinamente osservato da Gans (3). Siccome la prova della vita non dimostra, se la vita incominciata fosse debole o forte; siccome anche dopo il parto, nello stato di stupefazione e di abbandono della madre, poterono aver luogo dei casi, che producessero la morte del fanciullo senza l'opera della mano materna; così una simile conclusione è affatto destituita di fondamento. E poichè la prova di tutti i caratteri del delitto, apposto all'accusata, incombe all'accusatore, e l'infanticidio riposa sull'inculpazione, che il bambino appena nato sia perito per man della madre; a pronunziare una condanna è mestieri, che sia pur fornita la prova delle cause speciali della morte.

Per qual serie di sciagure possa un fanciullo perire nel parto innanzi di venire alla luce, lo ha insegnato Capuron (4). Un parto di molto lunga durata, quando principalmente le acque sgorgarono troppo presto, o quando il capo del bambino è rimasto un pezzo nel bacino, l'intervento di gravi emorragie (5),

(3) Del delitto d'infanticidio p. 149.

(4) La médecine légale relative à l'art. des accouchemens p. 340—80.

(5) V. Roose della soffocazione dei bambini appena nati, Henke tratt. parte I. p. 71. Médecine Instit. parte I. p. 230.

l'intraleamento del cordone ombelicale, e simili, sono circostanze degue di matura ponderazione (1); e quindi è un sacro dovere dei processanti l'interrogare più esattamente che sia possibile l'inculpata sopra l'andamento del parto; sul tempo, in cui sgorgarono le acque; sulla durata dei dolori; sulle interruzioni dei medesimi; sul modo, in cui il bambino venne alla luce, cioè se pel capo, per le natiche, o pe' piedi; se vi furon perdite di sangue; in qual condizione era il falcio ombelicale, quando accadde la nascita. E sarebbe assai conveniente, che il processante, dove non conosca che superficialmente questi punti, che si debbono stabilire mediante l'esame, se li facesse opportunamente indicare dal medico fiscale,

### §. 12.

*Riflessioni sulle lesioni, che si trovano nel capo dei bambini, e sulla loro caduta.*

Fra i seguiti e le prove più comuni di lesioni violentemente causate, gli antichi compendj di dritto criminale e di medicina forense contano le fratture dell'ossa, specialmente nel capo del bambino: e nel medesimo tempo è una delle consuete discolorie delle donne, processate per infanticidio, l'addurre, che il bambino uscì con impelo subitaneo dall'utero della madre, e cadde sul duro pavimento, o su di altri corpi egualmente resistenti.

1) Convien primieramente osservare, che le fratture e le pressioni delle ossa e le contusioni del feto possono accadere anche nell'utero, a motivo di violenze eseguite sull'addomine della donna incinta (2). Siccome è innegabile, che per mezzo delle membrane, che ricoprano il basso ventre, per mezzo della matrice, per mezzo del sacco e dell'acqua, ond'è circondato il feto, l'azione della percossa giugne potentemente fino a lui; così il processante dee farsi esattamente descrivere i sinistri accidenti, onde fu

colpita la madre nell'ultimo periodo della gravidanza, dee determinare con la maggior possibile precisione il tempo, e la gravità dei medesimi ed interrogare il medico intorno alla loro influenza.

2) Tuttocchè i medici antichi lo negassero, oggidì si ammette come cosa certa, che ancora le fratture del cranio possano derivare da un parto laborioso (3). Sebbene il scoprimento di una simile circostanza appartenga solamente al giudizio dei medici; pure la suddetta esperienza non dee rimanere ignota al criminalista; perchè altrimenti egli potrebbe ammettere troppo facilmente e come provata l'essenza di fatto di una specie violenta di morte; perchè nelle domande da farsi al medico si dee tener conto anche di questa possibilità; e perchè, quando il medico non ne avesse fatto caso nel suo parere, il giureconsulto non si dovrebbe contentare di una perizia così incompiuta. La stessa esperienza è poi di molto rilievo pel processante, in quanto che lo richiama a scoprire con la maggiore accuratezza il preciso andamento del parto, e ad ordinare al medico di visitare la madre, per dare la debita valutazione alla strettezza del bacino, o ad una struttura inornale (4).

3) La questione relativa all'influenza della caduta dei bambini è divenuta oggidì sommamente controversa. Dietro la raccolta di osservazioni, procurata da Klein (5), questo argomento è stato esaminato con più di cautela, e ventilato con maggiore esattezza dagli scritti pubblicati in proposito (6). Dalle osserva-

(3) Hebenstreit *Antrop. forens.* p. 336 Henke tratt. parte I. p. 59—62. Meckel Elem. p. 380. Mende Instit. parte. I. p. 240. Hirt *de cranij neonatorum fissuris ex partu naturali cum novo exemplo* Lips. 1815. Schmitt nelle mem. della soc. fis-med. di Erlangen I. p. 68.

(4) Dal mio amico e collega Negele mi è stato comunicato questo caso notevole. Una giovane, che viveva in un matrimonio felice, e che non aveva desiderio più vivo di quello di un figlio, partorì per tre volte di seguito un bambino morto. Il suo bacino era difettoso per soverchia sporgenza dell'osso sacro, non ostante la quale i suoi parti erano così precipitosi, che in tutti e tre i casi il bambino fu partorito con le ossa del capo conquistate, prima che la levatrice potesse accorrere a prestare aiuto alla madre.

(5) V. il giornale di Hufeland e di Harles. Novembre 1815. p. 104, e Klein delle conseguenze finora ammesse della caduta dei bambini, Stuttgart 1817.

(6) V. Henke tratt. parte I. p. 63, e parte

(1) Meckel Elem. p. 386. Klein nel giornale di Hufeland e di Harles t. IV. p. 109. Mende Instit. parte III. p. 54.

(2) Plouquet *de laesion. mechanicis simulacrisque laesion. foetus in utero cont. accidentium*, Tubing. 1794. Schmitt nelle memorie della società fisico-medica di Erlangen t. II. p. 67. Henke tratt. parte I. p. 54.—59. Meckel Elem. p. 379. Mende Instit. parte III. p. 60.

zioni raccolte da Klein si deducono 183 casi avvenuti nel regno di Württemberg, nei quali 155 bambini furono espulsi con impeto per i piedi, 22 per le natiche, 6 per le ginocchia, o in posizione curvata eppure non se ne trovò fra tutti uno solo, che fosse perito a motivo della caduta, sebbene alcuni fossero discesi da una notevole altezza, ed avessero percosso su corpi duri. Ciò che suole pur troppo avvenir così spesso, ebbe luogo anche in questo rispetto. Molti medici e giureconsulti, per vaghezza di dubitare, afferrarono volentieri le nuove osservazioni, come autorità; e mentre per lo innanzi, forse con soverchia credulità, si attribuivano alla caduta le fratture dell'ossa, e la morte, si passò all'altro estremo, e si prese a mettere in dubbio qualunque indicazione, che a questo riguardo venisse fornita dalle inquisite. In Francia si è ancora accresciuta la serie delle osservazioni (1); avvegnachè dell'ospizio di maternità si facessero cadere sul pavimento dall'altezza di diciotto pollici quindici cadaverini, e solamente su dodici dei medesimi si riscontrasse una frattura di ossa. Quanto era maggiore l'altezza, onde si faceva cadere il cadaverino, tanto era più grave la frattura. Fra i medici tedeschi Henke (2) si è principalmente acquistato il merito di distorre i periti e i giuristi da una precipitata vaghezza di dubitare, e di ammonirli, che le nuove esperienze non escludono la possibilità del contrario. Von Gönner (3) ha riferito un caso notevole, nel quale i medici, che deponevano davanti ai giurati, dichiararono che le fratture dell'ossa, che si presentavano, non poteano dipendere da rapida espulsione dall'utero materno, perchè il bambino era stato in qualche maniera difeso per mezzo delle sue spalle da sì fatte gravi fratture, e l'impeto della caduta era stato interrotto. Ma il comitato medico superiore di Monaco sostenne per altro, che, non che verisimilissimo, era anzi certo, che le fratture dell'ossa, cagionate da una caduta in

terra nella subitanea espulsione dalle parti genitali della madre, aveano cagionato la morte del bambino.

Quando a me, che in medicina son laico, si volesse permettere di dedurre dalle controversie odierne i risulti, che sono importanti pel giureconsulto, io li ridurrei ai seguenti.

1) Dai casi notificati da Klein seguita solamente, che molto spesso la caduta dei bambini, anche da un'altezza di qualche momento, non produce fratture d'ossa, nè morte. Quelle esperienze non sono intieramente decisive (4); perchè le osservazioni si fondarono sopra deposizioni ottenute lungo tempo dopo l'avvenimento, e quindi si può dubitare, se la verità rimase puramente custodita nella memoria. Oltre di che è chiarita troppo poco la località, su cui cadde il bambino: e la retta estimazione di simili casi dipende dai minimi particolari della località (5). Anche dalle osservazioni raccolte da Lecieux si potrebbero trarre conseguenze eccessive; perchè negli esperimenti istituiti sui cadaverini, fatti cadere da una certa altezza, le circostanze non sono pari a quelle, che si presentano nei bambini viventi, che cadono dall'utero della madre; perchè specialmente nei casi della seconda specie la forza della caduta rimane diminuita dalle parti genitali, da cui discende il fanciullo, e le ossa d'una creatura vivente soffrono, in virtù della loro elasticità e riazione, un'alterazione diversa da quella, che può avvenire nelle ossa del cadaveri (6).

2) A torto si è negata sovente la possibilità di una rapida espulsione del bambino dal grembo della madre, e si è voluto sostenere, esser cosa sospetta, che per l'appunto le incinte fuori di matrimonio parlino così spesso di parto precipitato, mentre nelle donne maritate simili casi avvengono raramente. Prescindendo dal considerare, che la donna maritata rivolge compiacente il pensiero alla nascita del suo bambino, può con maggior premura notare tutti i segni del parto, che si avvicina, fa gli opportuni preparativi, e ad ogni più piccolo indizio si chiama intorno i soccorsi, che le sono possibili; è falso il presupporre, che nelle donne maritate i casi di rapida espulsione del feto si presentin di rado. In fatti nello scritto di Klein son più di dugento i casi, in cui dei bambini di

III. num. 1.; la memoria di Pfeufer inserita nel giornale di med. pub. di Henke t. I. fasc. 2. num. 14, e la mem. di Dorn, inserita nel num. 15. lvi; Meckel Elem. p. 378. Mende Instit. parte I. p. 227. Capuron Med. leg. p. 336. Lecieux Med. leg. ou consider. sur l'infantic. p. 67.

(1) Lecieux l. c. p. 64—68.

(2) Traill. parte III. num. I.

(3) Annali di legislazione in Baviera t. II. p. 356—75.

(4) Mende Instit. parte III. p. 149.

(5) Meckel Elem. p. 378 in nota.

(6) Capuron Med. eg. p. 357.

donne maritate subitanamente caddero in terra nascendo (1).

3) È parimente un errore il voler credere inverisimile nelle primipare la rapida espulsione del feto quasicchè la poca estensione della vagina impedisca un tal caso. Quando in fatti si rifletta, che le perturbazioni dell' animo sono per la occulta partoriente la prima cagione di un parto precipitato (2), e che si può facilmente immaginare il caso di una infelice, la quale, o perchè confonda i travagli forieri del suo sgravio con altri dolori, o perchè con l'intendimento, di occultare più lungamente che può il suo misero stato, cerchi un luogo, dove sgravarsi segretamente, solamente quando il bambino ha protratto la testa dalle parti genitali, per modo che in quel decisivo momento la matrice si contragga con grandissima forza, ed espella rapidamente il bambino (3); non si può negare la possibilità di simili avvenimenti nelle primipare. Anzi perciò si accresce nei processanti la necessità di farsi esattamente descrivere dall' incolpata le circostanze, che precederono il parto, e specialmente il tempo, in cui ebber principio i dolori; quando essa sentì il primo protrarsi della testa del feto; in qual luogo remoto allora si ritirasse; e come espellesse il bambino. Sopra l' interna verisimiglianza di queste indicazioni dovrà esser poi consultato il medico.

4) È un erroneo ragionamento par quello, con cui si sostiene, che, quando anche si voglia ammettere il suddetto caso, nasca sempre un sospetto di menzogna contro l' incolpata, ognorachè si trovino lesioni nelle ossa parietali del cranio (4). Imperocchè, si afferma, il capo dovrebbe cadere in linea retta dalla matrice, e percuotere al più sulla terra col vertice. Si dimentica in questo discorso, che continua l'atto espulsivo del bambino dalla matrice anche quando le spalle di lui sono già fuori di essa. Or siccome allora il capo si può torcere, e può il bambino cadere in direzione obliqua; così dall'esistenza di lesioni laterali non è dato dedurre alcun argomento contro l' incolpata: ed occorre una particolare cautela (5), quando si possa raccogliere, che il bambino fu trattenuto

nel cadere, come se precipitò per una scala di cantina, o gettato nella latrina le pietre sporgenti mutarono direzione alla sua caduta.

5) Si è dato anche troppo valore alla considerazione, che il bambino appena nato è trattenuto dal cadere per mezzo del tralcio ombelicale, o che questo per lo meno interrompe l'impeto della caduta (6). Ammettendo ancora, che il tralcio ombelicale, lungo per solito dai diciotto ai ventidue pollici, basti a trattenere prenzolone il bambino cadente; quando si valuti la distanza dell' orificio della matrice dalla terra, concederemo pure, che ne risulti una resistenza nella caduta, e così una diminuzione di percossa, avvegnachè il suddetto tralcio si dovrebbe prima strappare, od almeno separare insieme con la placenta (7). Queste ipotesi per altro sono pericolose; perocchè in virtù di una rapida e facile uscita della placenta, di un rapido strappamento del tralcio, e di una straordinaria lunghezza di questo, può avvenir la caduta con tutto l' impeto, senza che il corpo cadente trovi la menoma ritenuta. Quindi il processo dee stabilire accuratamente tutti i più minuti particolari, che possono esercitare un' influenza su questo punto: e bisogna in ispecial modo attribuire importanza al ritrovamento ed alla conservazione della placenta, allo stato dell' ombelico, alla sua lunghezza e qualità, ed alla specie del suo strappamento, ed interrogarne opportunamente l' incolpata.

6) È cosa di principale importanza il sapere la posizione, in cui partorì la incolpata; specialmente se in piedi, o a sedere, o in ginocchioni. È rilevante anche la statura dell' incolpata, e la distanza dalla matrice alle piante dei piedi: anzi questa distanza, che dovrebbe risultare dalla posizione indicata, dalla donna, conviene ancora che sia esattamente misurata. Per preparare l' interrogatorio su questi punti, il processante ricorrerà con molto profitto al medico, dal quale si farà indicare le necessarie domande. Ed il medico dovrebbe di più inserire negli atti il suo parere sulla verisimi-

(6) Mende I. c. p. 151.

(7) Se l' ombelico, essendo una corda assai forte, composta di tre canali, coperti da una compatta membrana, si possa rompere facilmente, è questione assai controversa fra i medici. P. Aman *Prax. vuln. leth. Franc.* 1690, p. 406. Daniel raccolta di pareri medici p. 236. Meister giudizi e pareri in casi criminali p. 177.

(1) Henke Tratt. parte III. p. 58.

(2) Henke tratt. parte III. p. 58.

(3) Mende Instit. parte III. p. 147.

(4) V. per esempio il parere medico negli annali di Klein tomo XVII. p. 143, e le giuste avvertenze contro a questa opinione.

(5) Mende I. c. p. 155.

gianza delle cose, recate innanzi dall'inculpata.

7) Non è di minor momento l'ispezione oculare del luogo, in cui avvenne il parto. E qui fa d'uopo anzi tutto considerare, se in quel sito, secondo tutte le circostanze locali, potè accadere il parto. Debbonsi pure esattamente verificare le macchie di sangue, la loro estensione e densità, la loro distanza vicendevole: come fa di mestieri stabilire la qualità del luogo, in cui cadde il bambino, e se dall'assito sporgessero chiodi, o schegge, che rendessero ineguale il pavimento. E dove l'inculpata asserisca per esempio, che il bambino cadesse giù per le scale di cantina, fa d'uopo determinare il numero degli scalini, la loro altezza e larghezza, la materia di cui son fatti, e se hanno i canti acuti, od ottusi.

8) La qualità della veste della partorienti si presenta come un impedimento importante della caduta del bambino: e non è stato osservato senza ragione (1), che il vedere, come le segrete partorienti si sgravino d'ordinario mentre sono coperte dei loro zotici panni di tutti i giorni, nei quali urta il bambino cadendo, rende sospetta la verità delle loro deposizioni. Ma ancora in questo proposito si può facilmente andare troppo oltre. Tutto dipende dalla posizione delle partorienti, e dalla qualità degli abiti: e perciò anche questi punti debbono essere esattamente verificati dal processante.

9) Con le cose finora esposte si connette anche il parto al luogo comodo. A torto si è voluto dubitare (2) della possibilità di un parto improvviso al necessario, e dedurre dalla semplice circostanza, che la partorienti vi si trasferì, un motivo di sospetto contro di lei, quasi ch'avesse a bella posta cercato quel luogo pericoloso. Alcuni casi moderni, dai quali è esclusa qualunque intenzione delittuosa, dimostrano (3), che sino delle donne maritate, ignare dell'avvicinamento del parto, e confondendo i segni di esso col bisogno di evacuar l'intestino, possono ritrovarsi nel caso di partorire al necessario, senza accorgersi, che sia loro uscito di corpo un bambino (4). Anche più importante è questo

parto al luogo comodo per causa della sua relazione con le lesioni, che senza colpa della madre possono ritrovarsi sul bambino caduto (5). Tutto il finqui detto appartiene anche a questo punto. Sarà di molto rilievo qui pure l'ispezione oculare, ad effetto di stabilire la grandezza e la qualità dell'orifizio della lacinia, la lunghezza della tromba, la direzione della medesima, la specie delle sue pareti, la natura del pavimento del camerino, se il bottino era purgato, o considerabilmente ripieno, ed altre simili circostanze. Non vi ha che una inquisizione diretta a tutti questi punti (6), che possa render possibile la pronunzia di una fondata e giusta sentenza.

### §. 13.

*Alcune moderne osservazioni sopra certi fenomeni, sovente considerati come segni di fatta violenza.*

Fra i fenomeni, ondè si desume l'applicazione della violenza, hanno sempre fatto una gran figura le lividure, le ecchimosi, ed anche più le macchie sanguigne; sebbene, studiando i diversi trattati, sia facile il notare, che tanto i giureconsulti, quanto i medici, hanno sovente confuso queste tre cose. Che le lividure non possono fornire alcuna prova della vita extrauterina del fanciullo, è stato già mostrato di sopra: ma che dalla loro esistenza non si debba concludere, che sieno state arretrate violenze, ce ne fanno pure avvertiti alcuni medici distintissimi (7), e si rileva di più dall'osservare, che le macchie sanguigne si presentano non di rado nei bambini appena nati, ancorchè non sieno stati per certo violentemente trattati, e solo che si consideri, che un parto laborioso frequentemente lascia, sul feto anche senza la menoma colpa della madre, quelle medesime tracce, che in altre circostanze procedono da lesioni volontariamente arretrate.

Ma neppure le ecchimosi si debbono

(5) V. alcuni casi di questa specie negli annali di legislazione di Klein t. XV. p. 225, ed il fatto narrato da Püster nei casi criminali t. III. num. 1.

(6) V. anche Püster Casi criminali tomo V. p. 601.

(7) Delius de sigillatione, quatenus infantibus indicium Erlangen 1751. Boederer de infantibus in partu suffocatis Coetting. 1760. Haller Lezioni t. II. parte II. p. 9. Meinde lussit. parte I. p. 214 — 18.

(1) Henke giornale di med. pub. t. I. fasc. 2 num. 14.

(2) Hebenstreit Anthropolog. p. 432.

(3) V. Henke tratt. parte I. p. 76.

(4) V. principalmente il caso narrato da Klein negli annali di med. di Harles, t. III. fasc. 1. p. 48.

considerare per contrassegni di violenza, come ha insegnato anche Büttner (1). L'opinione eziandio, ammessa da alcuni medici (2), che almeno dalle ecchimosi, trovate ad una certa profondità sotto le ossa del cranio, si possa dedurre una violenza usata al bambino, dee riguardarsi per falsa. Simili stravasi, che si presentano in diversissime forme, possono dipendere da un parto laborioso, e talora si osservano sui bambini appena nati, ancorchè sieno venuti felicemente alla luce (3). Ma la fallacia di queste ecchimosi si palesa anche più, quando si riflette, che secondo le assicurazioni de' medici (4), possono comparire sul cadavere, come sequele di lesioni esterne, almeno nelle prime ore dopo la morte, e che parimente dopo la morte possono pur formarsi da sé per la crepatura di qualche vaso, incominciata che sia la putrefazione. E se non si dimentica, quanto poco diligentemente si custodiscono i corpi morti dei bambini illegittimi, e come sovente si nascondano sotto una catasta di legna, od un mucchio di sassi; si comprenderà facilmente il perchè si possano spesso ritrovare le ecchimosi sopra i cadaverini, senza che sia permesso conchiuderne, che sul fanciullo vivente sieno state usate violenze. Ma importantissima è poi pel criminalista e pel medico forense la moderna esperienza, onde risulta, che sotto il cranio dei bambini appena nati si presentano assai di frequente vere macchie di sangue (5), e non solamente come sequele di pressioni sofferte nel parto, ma ancora senza cause date, ed alcuni giorni dopo la nascita guariscono e si dileguano. Sarebbe dunque oramai tempo, che la medicina legale abbandonasse il costume di considerare le ecchimosi e le macchie sanguigne, come segni di patite violenze. Quindi il giudice, che riceve dal medico un parere, fondato sopra un'opi-

nione sì fatta, sarà obbligato a non contentarsene, ed a chiederne un altro a più dotti periti.

### §. 14.

#### *Osservazioni sulle specie di morte per soffocazione.*

È frequente il caso, in cui si ammetta come provata l'essenza di fatto dell'infanticidio, quando il bambino apparisce morto per soffocazione. Ma se è malagevole nei cadaveri degli adulti distinguere i segni di soffocazione intenzionalmente eseguita (6) da quelli che nascono da cause interne; nei bambini nati di fresco si accrescono le difficoltà. Imperocchè da una parte l'atto del parto dà vita a molte cagioni di un simile effetto, e da un'altra parte dallo stato fisico, in cui si ritrova la donna nel tempo che partorisce, e subito dopo aver partorito, possono sorgere nuovi accidenti, i quali producano anche senza intenzion della madre, la soffocazione del figlio. Or siccome, secondo le osservazioni dei medici, i fenomeni, che si presentano nell'individuo morto d'apoplessia, sono perfettamente eguali a quelli, che offre il soffocato da esterna violenza (7); così dall'esistenza dei segni di soffocazione non si può inferire l'essenza di fatto dell'infanticidio (8). Solamente quando si ritrovasse un corpo offensivo (esempigrizia una corda intorno al collo) od un oggetto ostruttivo (esempigrizia una sbarra alla bocca) si aggiungere all'essenza di fatto una circostanza importante, che permetterà di concludere l'applicazione di violenza esterna. All'incontro le pressioni osservate all'esterno, o i luoghi notati di lividure nei contorni degli organi respiratorj, non si debbono affatto considerare come contrassegni positivi di violenza fatta al vivente. Imperocchè ancora una forza, che operi su di certe parti del cadavere, subito dopo la morte, può cagionare vere livida-

(1) l. c. §. 68.

(2) Haller Lezioni t. II. parte 2. p. 9.

(3) Michaelis nel giornale chirurgico di Loder t. II. fasc. 4. p. 637. Nägele Sperienze e trattati sulle malattie del sesso femminile p. 247. Klein Riflessioni sulle conseguenze delle cadute dei Bambini p. 20. Henke nell'archivio di Horn t. II. p. 368. Mende Instit. parte III. p. 138.

(4) Rieu Med. leg. ou considerations sur l'infanticide p. 271.

(5) Zeller de cephaloematoma seu sanguineo cranii humore recens notorum, Heidelberg. 1822 (præsidi Nägele) V. pure la precedente osservazione di Nägele esperienze e trattati p. 247.

(6) Meckel Elem. §. 199. 212.

(7) Il collegio medico superiore di Berlino dichiarò (V. annali di Klein t. XVII. p. 107.), che i segni della soffocazione combinano sommamente con quelli dell'apoplessia, e poco ne differiscono; che quelli si manifestano più esternamente ed in modo speciale nel cuore, e nei polmoni, questi più nel cervello, nei seni della dura madre, e nei vasi sanguigni dell'encefalo.

(8) Büttner Guida alle visite nell'infanticidio §. 62.

re (1): e di più i bambini vanno talora soggetti a strangolamenti senza alcuna colpa della partoriente, o a motivo di un lungo strignimento del loro collo nella vagina, o per causa di un forte attortigliamento del tralcio ombelicale intorno al collo, tantochè sembrano esistere tutti i segni di esterna violenza, (2), e non di meno la madre è incolpevole (3). Quindi occorre, che, tanto il giudice inquirente, quanto il decidente, facciano uso della massima cautela, ad effetto di non lasciarsi indurre a precipitate sentenze intorno all'esistenza del materiale dell'infanticidio, o che almeno, quando il medico fiscale, fidandosi poco delle moderne osservazioni, arguisca dalle tracce di alcune pressioni, che il bambino è stato ucciso, sarebbe opportuno, richiedessero il parere di altri periti. Nè si debbono badar meno dal credere soverchiamente a certe ipotesi, che si propongono da alcuni medici: esempigrazia che lo scorticamento della testa, e l'uniformità della pressione sieno segni di fatta violenza (4). Imperocchè le osservazioni di altri hanno già mostrato, quanto sieno mai sicuri questi caratteri (5): e basta riflettere, che da alcuni medici moderni è stata persino rimessa in dubbio la possibilità dello strangolamento del bambino per causa delle contrazioni della vagina, o dell'attortigliamento del tralcio al collo (6). Ma siccome anche quelli, che sostengono questo dubbio (7) concedono, che quando il bambino, per causa dell'attortigliamento del tralcio, è nato asfittico, e muore per difetto di condizioni favorevoli a ravvivarsi, è possibile lo strangolamento; così l'inquirente dee precipuamente indagare, in quale stato venne alla luce il fanciullo, quanto durò il parto, se la madre fece per avventura qualche tentativo per richiamare alla vita la creatura, e dove fu questa subito posta.

Meritano uno speciale riguardo anche i casi, in cui l'incolpata afferma di avere, per debolezza e sbalordimento, lasciato lungamente nel letto accanto a sé

il bambino, e di essersi accorta, come si fu riavuta, della morte di lui (8). In simili casi si presentano tracce di soffocazione; e tanto può essere, che la madre lasciasse intenzionalmente senza soccorso il bambino, quanto che lo facesse per vera debolezza, e senza intenzione. Ma la morte per soffocazione non si può commettere in ciascuno di questi casi; perchè lo stare nella cavità, che intercede fra le coscie della madre, divaricato dal travaglio del parto, diede al bambino un libero spazio, ed è verisimilissimo, che per l'apertura, fatta nelle coperte del letto dal corpo della donna, potesse penetrare l'aria. Laonde qui si richiede un'esatta indagine intorno alla specie, ed alla gravità delle coperte del letto, ed intorno al posto, che occupò il bambino sotto di esse.

Nè minore attenzione domandano i casi, in cui la incolpata affermi di avere involuppato il bambino, da lei tenuto per morto, in un grembiule, o in un panno. La retta decisione di simili casi dipende sempre dai determinare, se la madre pose il grembiule od il panno sul capo del bambino, o se vi poté penetrare l'aria per di sopra; se il grembiule fu avvolto strettamente, o lentamente intorno al bambino; di che roba era il grembiule, se densa, o porosa: e perciò si rende necessario portare al tribunale, ed ivi custodire quel velame.

### §. 13.

*Del giudizio delle cause di morte, che possono aver luogo per negligenza della madre, od anche senza sua colpa.*

Le accusate d'infanticidio sogliono il più di frequente scusarsi con dire di essere state improvvisamente sorprese dai dolori, o di essersi sgravato in uno stato affatto manchevole di coscienza, o di essere state gittate dal parto in tale spossatezza e stupefazione, da non saper accennare, che cosa accadesse di loro e d'intorno a loro. Anche i medici e i giureconsulti cercau talora il fondamento della punizione delle incolpate nella trascuranza delle necessarie premure pel bambino, e fra gl'infanticidi colposi vien noverato da distinti criminalisti (9) pur quello, che proviene dall'omissione di legamento del tralcio. Quindi è comunissimo il vedere, che le corti di giusti-

(1) Meckel Elem. p. 288.

(2) Anche i segni di soffocazione interna di un bambino, esempigrazia nell'atto del parto, sono pienamente eguali a quelli di soffocazione violenta. V. Klein Annali t. XIV. p. 272.

(3) Meckel Elem. p. 386.

(4) V. Flouquet comment. p. 336.

(5) Meckel p. 386.

(6) V. Klein nel giornale di Hufeland e di Harles Novembre 1813. p. 109.

(7) Mecke Instit. parte I. p. 232.

(8) V. un caso negli annali di Klein t. XVII. p. 114.

(9) Feuerbach Elem. §. 236.

zia, per non sapersi trarre d'imbarazzo allrimenti, scansano il nome delle pene straordinarie, e ne conservano la realtà, avvegnachè, non trovando riscontri sufficienti per decretar la pena dell'infanticidio doloso, condannino l'accusata per infanticidio colposo a più anni di privazione di libertà. Dove per altro si prendano a considerare più esattamente l'esperienze dei medici moderni, è agevole il convincersi, che una gran parte di sì fatti giudizj è destituta d'ogni base.

1) Tanto gli antichi medici, (1) quanto i recenti (2) hanno posto in dubbio la necessità del legamento del tralcio; onde al giureconsulto altro non rimane, che ammettere (3) che in virtù dell'omesso legamento è possibile, ma non già necessaria la morte, solamente dal ritrovarsi vuote di sangue le arterie, le vene polmonali, e la vena cava, sorge una ragione di più per attribuire la morte all'emorragia (4). Per vero dire non mancano esempi di persone, che scelgono a bella posta l'omissione di legamento del tralcio, come mezzo di commettere l'infanticidio (5); ma fa d'uopo usare la più prudente cautela per chiarire, se la detta omissione fu la causa effettiva della morte, o se piuttosto si debba riputar solamente come un tentativo dell'uccisione. Il caso abbisogna principalmente d'una valutazione accurata, quando i medici assegnano due cause di morte, esempigrazia l'emorragia e la commozione cerebrale (6). Una tal dichiarazione medica è già sempre sospetta, e mostra d'ordinario, che il perito non ardi affermare, qual delle due fosse precisamente la cagion della morte. Ma la cosa è nell'infanticidio anche di maggior momento, in quanto che il punto sta nel determinare in qual processo di tempo avessero luogo i diversi fatti, che si danno per causa di morte. In un caso presentatosi a me la madre confessava di aver partorito il suo figlio nell'entrata di cantina, senza intenzione di ucciderlo; rhe

il bambino era tombolato già per una scala di dodici scalini; che ella tosto discesa lo aveva raccolto palpitando, ed allora solamente si era risoluta a lasciar sanguinare il bambino finchè morisse; e che quindi aveva pure a bella posta omesso di legare il tralcio ombelicale. Il medico assegnava, come cause di morte, la rottura del cranio, la commozione cerebrale, e l'emorragia. Ma il collegio decidente dell'Università riconobbe l'inculpata meramente colpevole d'infanticidio tentato, perchè l'emorragia; nata dal tralcio disciolto, non si poté stabilire come sicura ed unica causa di morte, e fu di mestieri ammettere, che una causa sufficiente di morte preesistesse di già nella caduta del bambino. Postochè un'inculpata affermi di non aver omesso intenzionalmente di legare il tralcio, in quanto che esempigrazia non sapeva la necessità di sì fatta cautela, il caso si dovrà giudicare secondo le regole, che governano la prova del dolo, secondo le regole, che governano la prova del dolo, e secondo i contrassegni particolari. La regola, che il dolo non si dee presumere (7) vale tanto più nell'infanticidio, in quanto che si possono immaginare nelle partorienti molte circostanze che disciolpino l'omissione del legamento del tralcio. Quindi il processante dovrà in ispecial modo stabilire, se l'inculpata, avuto riguardo alle relazioni anteriori della sua vita, poteva, o non poteva sapere, che il legamento del tralcio fosse considerato necessario, se ella per esempio nel parto si ritrovò alla presenza di altre persone, se con lei, o davanti a lei fu tenuto ragionamento di quella necessità, e simili cose. Per ciò che riguarda i contrassegni particolari, dai quali è dato desumere, se l'omesso legamento del tralcio fosse intenzionale, o no; quelli per vero dire, che vengono consuetamente indicati non sono tutti infallibili, ma si considera a buon diritto la posizione, in cui la madre partorì (8); lo stato intellettuale, in cui ella si ritrovò dopo il parto; anche più la specie di separazione del tralcio; e si presentano tracce di strappamento, o di taglio (9); in qual

(1) Schulze *An umbelici deligatio in nuper notis absolute necessaria sit.* (Ital. 1733. Bütner Guida alla visita nell'infanticidio §. 72 — 76.

(2) Mende *Instit. parte I. p. 387. Meckel Elem. p. 387. Capuron Med. leg. p. 360 — 70.*

(3) V. anche Struben  *pensieri giuridici parte II. num. 116, parte III. num. 28.*

(4) La cosa dipende ancora dall'essere stato, o no, tagliato il tralcio presso all'ombelico.

(5) Vedine uno fra i casi criminali di Schirach num. 4.

(6) V. Annali di Klein tomo XVII. p. 144.

(7) V. la dissertazione di Wen'g. inserita nel tomo I. di questa collezione di scritti germanici di diritto crim.

(8) Se per esempio la madre partorì nel letto, ed il tralcio apparisce strappato, il sospetto contro la madre è certamente maggiore, che quando la medesima partorì in piedi, ed il bambino cadde da un'altezza considerabile.

(9) Meckel Elem. p. 387.

punto è reciso il cordone; se si riscontrino vestigia, onde si possa desumere, che l'inculpata cercasse di cancellare i segni dell'emorragia, per mezzo di abluzioni; se il legamento sia stato per avventura eseguito dopo la morte del bambino, ad effetto di allontanare i sospetti.

Il più spesso l'omissione del legamento potrà imputarsi a *culpa* dell'accusata: ma anche in questo i tribunali vanno troppo oltre. L'omissione può imputarsi a negligenza solamente quando a) l'accusata seppe, o poté agevolmente sapere, che il legamento del cordone fosse necessario, e che dal tralasciarla questa cautela era facile che derivasse la morte; e b) quando l'accusata si ritrovasse in uno stato imputabile in genere. Or se si pondera, che le primipare non sono gran fatto instruite del come si dee diportare una partoriente, e che può facilmente accadere, che l'inculpata, allevata finora nella ritiratezza, e lungi dal contatto delle persone onde avrebbe potuto attingere la notizia di simili cose, non avesse alcuna idea del tralcio ombelicale; non si può certamente presumere, che conoscesse la necessità di legarlo (1). Di più fa d'uopo avvertire, che la puerpera subito dopo il parto si ritrova in condizioni fisiche e psicologiche, le quali debbono scusar l'inculpata dalle omissioni. Ed è ben disumana e crudele l'opinione di quei criminalisti, che lo stato di una sciagurata donzella, che è rimasta illegittimamente incinta, e partorisce senza soccorsi, equiparano a quello di una donna maritata, ed esigono dalla prima le stesse cure, cognizioni, e cautele, che si aspettano dalla seconda: la quale, precedentemente instruita dalle parenti e dalle amiche, si consacra tutta al caro e desiato bambino, e può con ogni diligenza informarsi dei mezzi di assisterlo con le più tenere sollecitudini (2).

2) Importa, che il criminalista non ignori, essere stato osservato, che una donna può rimanere a partorire nella piena inconsapevolezza del proprio stato, senza conoscere di essere stata incinta. So bene, che il più delle volte, che verrà allegata questa disciolpa da donne fecondate fuori di matrimonio, sarà immaginaria: ma non bisogna tenerla per impossibile. Dal collegio medico superiore di Berlino fu già notato (3), sovente accadere dei casi, in cui la incinta non si ac-

corge, sino all'ultimo momento, del segno della sua gravidanza, o a motivo di un generale stato morboso abituale, o perchè prende i deboli movimenti del feto per flatulenze, o convulsioni. Anche la deputazione medica di Breslavia (4) assicura, esservi esempj bene osservati di donne, che partorirono più figli, e fino all'ultimo periodo della gravidanza rimasero pienamente ignare del loro stato; ed il nostro archivio di diritto criminale (5) racconta esso pure un caso di questa specie, garantito per verissimo. Sebbene il maggior numero delle donne, in cui questo fatto singolare è accaduto, appartenesse alla classe delle maritate, e si possa per avventura stimare (6), che nelle incinte illegittimamente non si presenti così di leggerli, perchè la coscienza della copula illecita richiama l'attenzione alle alterazioni dello stato normale, ed alla possibilità della gravidanza; pur non si dee passare sotto silenzio, che simili casi si sono osservati anche nelle gravide fuori matrimonio (7), e che si spiegano mediante la scaltrezza del seduttore, dal quale vennero persuase ad abbandonarsi, assicurate, che il solo primo congresso non avea conseguenze. Per lo che potrebbe esser talora un'ingiustizia il negare assolutamente, che la incinta possa rimanere nella piena ignoranza del proprio stato. Il processante bensì, per non lasciarsi ingannare da meschini pretesti, sarà in simili circostanze obbligato a chiarire, se la donna si copresse oltre l'usato, ad effetto di nascondere la crescente grossezza; se manifestò la sospensione delle sue regole; se parve turbata; se fece uso di medicinali che disse del suo fecondatore; se all'avvicinarsi del parto cercò luoghi segreti; ed altre cose congeneri.

3) È pur certo, che una donna sorpresa dal parto, ignorando la vicinanza del medesimo, può ritrovarsi senza intenzione in un luogo, che dia occasione alla morte del suo bambino. Tuttochè molte volte (8) il pretesto dell'inculpata sia destituito d'ogni fondamento, pur non si dee condannare con precipitanza la donna; avvegnachè persone esperte faccia-

(4) Annali di med. pub. di Kopp t. IX p. 46.

(5) l. III, p. 173 — 178.

(6) Henke Iur. p. 173 — 178.

(7) V. Klein negli annali di Harles t. III, p. 52.

(8) Ann. di Harles t. III, p. 49. Henke tratt. parte I, p. 51.

(1) Annali di Klein t. XVII, p. 145.

(2) l. c. t. XIII, p. 124.

(3) Paulow Magazzino di giurisprudenza degli Stati Prussiani t. I, p. 349.

no fede (1), che le prime doglie indicative del parto stimolano all'egestione, onde si comprende il perchè alcune partorienti si sgravino al luogo comodo. Per cimentare la verisimiglianza di ciò, che la incolpata depone, è rilevante il vedere, se essa occultò ostinatamente e con ogni cura la gravidanza; se aveva qualche notizia dei segni del parto; se soggiacque a perdite significanti di sangue, prima di ritirarsi nello stanzino; se questo era molto lontano dal luogo, in cui l'imputata sentì i primi dolori; se lungo il tratto, da lei trapassato per giugnervi, esistano tracce di sangue, ec. (2).

4) Non dee nemmeno negarsi, che una donna possa partorire senza accorgersene nemmeno (3). E quando contro questa proposizione si obietta la necessità di tanta attività organica della madre, che senza esaltazione nervosa e coscienza di lei non sia possibile il parto, si può rispondere con l'esperienza, che attestan la nascita di alcuni bambini dopo la morte della madre, senza concorso di mano chirurgica (4): e Platner (5) ha risposto all'opposizione, con la quale si è asserito, che un tal difetto di coscienza, ed una tal privazione di tutte le cure e sollecitudini contraddirebbe allo scopo ed alla provvidenza della natura. Se non che il giudice non dee lasciarsi ingannare dal pretesto aereo di quei difensori, che parlano di mancanza di coscienza e di confusione di sensi. Per vero dire non è da negare, che nelle partorienti possa aver luogo un effettivo *tetanus uteri*, una demenza, un delirio (6); presupposto il quale stato è indubitabilmente scusabile una condotta scusabile una condotta innormale e violenta della madre. Ma il semplice ricorso dei difensori ad un simile stato non può bastare al giudice: ed è necessario anzi tutto intendersi bene intorno alla specie dello stato psicologico, del quale si afferma l'esistenza. Può in fatti presen-

tarsi a) una vera mania, b) un particolare delirio, o c) una momentanea confusione di sensi con disordine di spirito, senza chiara coscienza del modo di operare, o d) un assoluto deliquio, ed una estrema stupefazione. Dell'influenza delle due specie notate sotto lettera a e b sarà parlato in un altro luogo. Qui precipuamente importa distinguere fra loro gli stati accennati sotto lettera c e d. In quello indicato sotto lettera d la partorienti non è capace di alcun modo di operare (7), il parto accade senza coscienza della madre, la quale, posta nell'impotenza di muoversi e di pensare a se stessa, nulla sa poi dire del suo stato d'allora. Un tale stato può comparir credibile, solamente quando la donna adduce di aver perduto la coscienza nel luogo, in cui effettivamente partorì. All'incontro la cosa è sospetta, quando la donna assevera di esser caduta in simile stato, mentre era in camera, e di essersi in quel tempo recata ad un luogo lontano, esempigratia al necessario, o in cantina. Le persone in fatti, che sono effettivamente cadute in deliquio, ed hanno perduto la coscienza, rimangono sul posto, in cui le ha sorprese quello sconcerto, e non possono camminare. Poca fede del pari vuoi prestare ad un simile stato, quando la donna sa indicare piccole circostanze particolari del parto, o quando ha commesso qualche atto violento contro il bambino (8), o è dimostrato, che l'incolpata afferò degli attentati, e si trovano su di esso delle ferite fatte con questi. Ma nello stato additato sotto lettera e tutto ciò è possibile; perchè la donna non è inattiva, nè fisicamente impotente. Quivi la ragione ha solamente perduto la preponderanza, ed una grande esaltazione impedisce la tranquilla successione del pensiero. Una donna così affetta conserva anche dopo il parto le reminiscenze di quello stato, può indicare l'accrescimento della sua confusione, descrivere, od accennare le immagini, che in quel momento la scossero. Con uno stato di questa specie va congiunta l'attività, ma d'ordinario sen-

(1) Platner *Indagini di alcuni punti capitali di medicina forense* p. 429.

(2) l. c. p. 394.

(3) Heister resp. *Behrens de partu mirabili in somno profundo matris facto* Heimst. 1751. Pareri del collegio med. di Braunschweig t. 1. p. 132. Henke tratt. parte I. p. 41. Henke nel giornale di Nasse per i medici psicologi 1819 fasc. 2. p. 228.

(4) Hailer Elem. physiol. t. VIII. p. 420.

(5) Nell'indagine citate p. 390, 432.

(6) Nagele *Esperienze e trattati* p. 114 Wiggand *Annali di med. pub.* di Kopp t. IX. p. 116.

(7) Henke nel cit. giornale di Nasse 1819 fasc. 2. p. 227.

(8) Platner, che propendè piuttosto alla troppa dolcezza, che alla troppa severità nell'ammettere i motivi, che sopprimono l'imputazione, dichiarò incredibile un simile stato in un caso, in cui la donna, che si asseriva destituita di coscienza, aveva scagliato contro il muro il proprio bambino. V. le sue indagini p. 402.

za scopo, senza disegno, ed eccentrica: e quindi il processante dee con le sue domande ingegnarsi di chiarire, nel più esatto modo possibile, ciò che ebbe luogo nel parto. Ma quando l'esistenza di un simile stato è anche solamente portata ad un alto grado di verisimiglianza; è chiaro che molte specie di morte dei bambini si possono facilmente spiegare senza attribuire a *culpa* della madre neppur l'omissione.

5) Finalmente fa di mestieri sapere, che sovente subito dopo il parto sopravviene uno stato di debolezza e d'impotenza (1), che scusa intieramente la donna, sebbene il bambino abbia perduto la vita, o perchè soffocato bene dal sangue e dai panni, o perchè esposto all'aria fredda, o perchè schiacciato dal peso del corpo materno (2). Ma in questo caso ancora bisogna procedere con gran cautela, ad effetto di non essere ingannati da falsi pretesti. Le violenze usate al bambino non rimangono giammai giustificate da un simile stato, che toglie l'attività, e può scusare le sole omissioni. Per giudicare della verisimiglianza di que-

sto, il processante s'ingegnerà di chiarire esattamente la qualità del parto, se cioè fu laborioso, o facile; la durata del medesimo; il luogo, in cui accadde, considerando, se era possibile, che l'inculpata rimanesse lungamente in deliquio, senza esser veduta da alcuno; la posizione, in cui furon poi ritrovati la madre ed il figlio; il modo, in cui si contenne l'accusata quando altre persone ebbero occasione di osservarla; e se la medesima può riferire molti piccoli particolari, immediatamente posteriori al suo sgravio. Per altro è d'uopo guardarsi dall'errore di coloro, che dalla narrazione, che fa l'inculpata, di diverse circostanze secondarie in diversi esami, deducono un sospetto contro la sua veracità. In fatti, in quella confusione di sensi, molti particolari s'imprimono più o meno confusamente nella memoria della donna: la quale severamente battuta dalle domande del processante, ne racconta da prima alcuni, come li sa: poscia nella solitudine del carcere se ne sovviene meglio, e nell'esame successivo gli espone in un altro modo: e forse più tardi, comechè non ne ha una sicura e positiva coscienza, torna a cambiare nelle sue narrazioni.

(1) Heoke tratt. t. I. p. 40.

(2) V. un caso negli annali di Klein t. XIV. p. 238.

### III.

## DELLA PROVA DELL'ECCEZION DELLA VERITA' DI UNA INCOLPAZIONE, E DELL'INFLUENZA, CHE ESERCITA NEL GIUDIZIO CRIMINALE

DISSERTAZIONE DI MITTERMAIER

ESTRATTA DAL TOMO XX. FASC. 1. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE,  
ANNO 1839.

#### § 1.

*Considerazioni generali che debbono guidare i legislatori ed i giudici in questa dottrina. Formazione delle diverse opinioni nel diritto comune e nelle nuove legislazioni (a).*

È ufficio precipuo del legislatore il non collocare fra delitti un'azione, che il voto generale de' savj non reputa degna di pena, ed il punire i fatti, dannosi allo Stato od ai singoli, per non compromettere il pubblico bene. La sapienza del legislatore si mostra in tutta la sua luce, quando egli, nell'emanare disposizioni penali, pondera i diversi interessi, che vengono così di frequente a collisione fra loro, ed esamina, quale di essi prevalga, e debba dare principalmente la tratta alla bilancia. La verità di quest'idea si manifesta ancora in quella parte di legislazione, che si riferisce alle ingiurie ed alle calunnie (1). Da una parte il legislatore è guidato dall'importanza di proteggere l'onore dei cittadini dalle false incolpazioni, dagli oltraggi, ed anche da quelle ciarle indiscrete, che abbandonano in balia del pubblico i più gelosi segreti della vita privata, e che talora per cattive intenzioni, talora per temeraria garrulità diffondendo certi fatti con gran pregiudizio di alcuno, possono arrivare a dissolvere i legami più

teneri della famiglia, e a distruggere la felicità di qualche persona. Ma d'altra parte il legislatore è richiamato a garantire ai cittadini il diritto alla libera manifestazione del vero; perchè altrimenti proteggerebbe l'immoralità; e verrebbe ad assicurare all'uomo turpe il godimento dei frutti delle sue vergogne sotto il manto della segretezza; perchè, se la verità non si potesse più dire, il popolo diffiderebbe della giustizia e della moralità delle leggi penali, vedendo punire un individuo, il quale non fece che esporre un fatto vero; generalmente conosciuto; perchè molti affari civili e sociali ristagnerebbero, se ogni persona interrogata di un fatto, la cui diffusione potesse riuscire incomoda ad altri, fosse miseramente costretto a mentire, o a tacere. Inoltre è di gran momento in molte circostanze per la civil società, che un indegno, le cui turpitudini rimarrebbero ignote, se niuno dovesse osare di rimproverargliele, non acquisti influenza nella cosa pubblica. Tutto dunque dipende dall'esaminare, se sia di maggior rilievo, e debba conseguentemente decidere, il primo, o il secondo interesse. Confrontando la storia delle legislazioni su di questa dottrina si trova la più maravigliosa diversità di principj, il che si spiega facilmente, considerato le varie circostanze, sotto il cui predominio furono nel corso dei tempi promulgate le leggi.

È agevole a comprendersi, che la legislazione di uno Stato, in cui la libertà civile sia grandemente ristretta, o il dispotismo dei dominanti soffochi qualunque manifestazione del vero, non ammetterà di leggersi l'eccezione della verità: ma da una legge, che contenesse una limitazione sì fatta, s'inferirebbe a

(a) Leggi penali — Come si puniscono coloro che si rendono colpevoli di calunnia — Nei giudizi criminali — Nei correzionali, o in quelli di polizia art. 186 — Per le false testimonianze art. 186 a 195 — Vedi inoltre della punizione delle ingiurie art. 365 a 371.

(1) Kettenacker del delitto d'ingiuria, Mannheim 1839. p. 9.

torto l'influenza delle menzionate relazioni politiche; perocchè ancora una legislazione, animata dalle migliori intenzioni, può circoscrivere la detta eccezione, ognorchè per le speciali condizioni del popolo si debba temere, che da una libertà senza freno ad esprimere incolpazioni fossero per derivare troppo gravi pregiudizj all'ordine pubblico. Può accadere esempigrazia, che alcuni si abbandonino frequentemente alle private vendette, e che si voglia prevenire il pericolo di abusare di questa eccezione; o che per un riguardo ascetico si reputi cosa contraria alla carità, ed alla morale, il rivelare le debolezze e gli errori del prossimo, anzichè ricoprirli con una benigna indulgenza.

È noto, che i romani giureconsulti (1) riputarono, che la prova della verità esimesse l'incolpazione dalla pena: e dalla costituzione di Costantino (2) si può solamente inferire, che l'autore di un libello famoso diffuso non potesse liberarsi da tutta la pena, perchè il conoscitore di un atto punibile doveva piuttosto accusarlo, che sceglier la via della diffamazione stragiudiciale. Che la prova della verità dell'incolpazione potesse liberar dalla pena il querelato d'ingiurie, risulta ancora dalla L. 5. Cod. de injuriis (3). Allo scopo della nostra trattazione non occorre far uso di tutti i sussidj esegetici per indagare, se i Romani riferissero la L. 18. D. de injur. alle sole ingiurie orali, e così la prova della verità non si ammettesse nelle scritte (4), o se la voce peccata si debba prendere in senso stretto, e specialmente la eccezione fosse proponibile solamente quando la civil società ritraesse un vantaggio dalla diffusione dell'incolpazione, come sembra indicare quel passo (5). È notevole, che la massima del diritto romano trapassò di buon'ora nella pratica del medio evo, secondo la quale la prova della verità si considerò come capace di

liberar dalla pena dell'ingloria (6). Giulio Claro (7) si mostrò generalmente favorevole all'ammissione della prova della verità. Egli vuole per vero dire, che si consideri, se lo Stato abbia interesse, che venga notificata l'azione rimproverata all'infamato, e, pognamo che sì, risponde non esser lungo ad alcuna pena: ma dagli esempj d'ingiurie da esso trascritti, nei quali non ammette alcuna deduzione di prova, si vede, che, quando l'ingiuria sta nella forma, questo dottore esclude l'eccezione della verità. Sembra di più, che le opinioni dei canonisti, i quali vollero trovare qualche cosa di contrario allo spirito del Cristianesimo nella diffusione delle debolezze e del trascorsi altrui, fossero sfavorevoli alla prova della verità (8). Una maniera di vedere simile a quella del Claro si ritrovava anche in Gail (9). Ma il giurista olandese Antonio Mathael (10) difese senza restrizioni l'applicabilità della L. 18. D. de injur., confutando le opinioni degli avversarj. Al contrario Argentrè (11), distinto giureconsulto francese, si oppose all'eccezione della verità, osservando, che presso di noi è facilissima la denuncia dei reati altrui, pervenuti a nostra notizia, e che niuno può andare scusato, se ha preferito la indegna via dell'occulta diffusione a quella onorevole dell'accusa giudiciale. In simil guisa opinò ancora Carpzov, sostenendo, che nell'ingiuria si dee principalmente guardare all'intenzione, e che non merita scusa colui, che intese a nuocere all'altro, ancorchè possa provare la verità del fatto rimproverato.

In tanta incertezza di opinioni (12) è naturale, che ancora l'uso forense germanico non abbia trovato un punto fermo. Il codice criminale bavaro del 1750 (13), che si attenne semplicissimamente alla pratica del suo tempo, stabilisce la massima, che niuno rimane scusato dalla ve-

(6) « Si aliquis aliquem appellaverit seu vocaverit pro malo proditore, vel furem, vel latronem, et illud non probaverit, vel probare poterit, soleat pro dampno L. X. solidi ». Statut. Augustae Praetoriae a. 1188 nel vol. II, p. 37. del Monument. histor. patr. Aug. Taurinor. 1838.

(7) Sent. V. §. injuria p. 120.

(8) Chassan l. c. p. 433.

(9) Gail Observ. praef. lib. II. obs. 99.

(10) Comment. ad lib. XLVII. tit. IV. num. 8.

(11) Comment. ad consuetud. Bretonem ad art. 627. num. 2.

(12) Chassan l. c. vol. II. p. 428 — 431.

(13) Codex maxim. bavaric. crim. par. IV, cap. 17. §. 4. num. 3.

(1) L. 18 D. de injur. « Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum ab eam rem condemnari. Peccata enim nocentium nota esse, si oporteret expedire. »

(2) L. 1. Cod. Theod. de famos. libell.

(3) « Si non convicii consilio in aliquod injuriosum dicatse probare potes, fides veritatis luminis te defendit ».

(4) V. Chassan Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse. Paris 1837. vol. I. p. 322. vol. II. p. 427.

(5) V. Voet ad Pandectas lib. 47. tit. 10. num. 9.

rità del fallo incolpato, perchè nell'ingiuria non tanto si guarda al fatto rimproverato, quanto alla mira d'oltraggiare; ed eccettua solamente il caso in cui si tratti di delitto capitale, che sia stato debitamente denunziato all'autorità competente (1). Il diritto provinciale prussiano dispone con pari severità che la verità del rimprovero non toglie la presunzione legale della volontà di violare l'onore, e che chiunque appose un delitto ad un concittadino, non solamente dee dimostrare la verità ma provare ancora, che non ebbe intenzione di offendere. Secondo un'ordinanza del 1798 la prova della verità si considera bensì come una circostanza attenuante (2). Una decisa influenza sulla formazione d'una dottrina più equa, e meglio corrispondente al diritto romano, fu esercitata da Wæser (3), il quale difese con molto vigore il dritto di dire la verità, e confutò le opinioni degli altri. Oggidì si va facendo sempre maggiore il numero degli scrittori, che ammettono l'eccezione della verità, per liberar dalla pena l'ingiuriante (4), purchè per altro l'ingiuria non sia nella forma; nel qual caso è sentimento comune, che la prova non liberi dalla pena. Queste idee penetrarono ancora nei codici e nei progetti di codici germanici. Il codice penale d'Oldenburg (5) determina, che, quando è ingiurioso il solo tenore dell'incolpazione, debba prestarsi orecchio all'eccezione della verità, ma non quando il querelato non era autorizzato, in virtù di relazioni personali, ad esprimere in un dato tempo, o in un dato luogo, la manifestazione, che fece, nè quando altresì la violazione dell'onore consiste nella forma. — Nel progetti di Baviera del 1822, 1827, e 1831, l'eccezione della verità è stata ammessa; nel primo (6) con molta limitazione, negli altri secondo la norma del codice d'Oldenburg (7). — A tenore del

progetto di Annover (8), all'eccezione della verità non viene attribuita l'efficacia di liberar dalla pena, quando l'offensore si permise di manifestarsi in un modo illecito, e per recar nocimento all'altro, o quando l'ingiuria consistè nella forma. — Simili prescrizioni s'incontrano anche nei codici penali di Zurigo e di Lucerna (9). — Nel progetto di codice penale pel Granducato di Assia (10) la prova della verità fa dileguare la pena della calunnia, ma solamente sotto certe condizioni quella dell'oltraggio. — Nel progetto di codice penale, adottato da amendue le camere del regno di Württemberg (11), si dichiara, che il divulgare un fatto vero, quando sia pienamente dimostrato, non si debba considerare come una calunnia; ma che abbia luogo la pena dell'ingiuria, tuttochè in più ristretta misura, allorchè per la qualità dell'espressione, o per le circostanze di luogo, o di tempo, la manifestazione producesse un fermento all'onore. — Nello stesso modo si esprime il codice penale del regno di Sassonia (12), ammettendo per altro, che ancora nei casi, nei quali ha luogo una pena, la *exceptio veritatis* produca l'effetto di mitigarla. — La legge tuttora vigente nel Granducato di Baden (13) dichiara; che la prova della verità sopprime la calunnia, ma la pena dell'ingiuria solamente quando l'oltraggio consiste nel tenore, e non nella forma. Se non che nei delitti di stampa la prova della verità non possiede questa virtù (14), per modo che ha luogo la pena dell'ingiuria anche nella diffusione di fatti veri, salvo il caso in cui il fatto divulgato fosse colpito dalla casa di disciplina, o di correzione, od in cui il querelato avesse un determinato interesse privato, o pubblico, a renderlo noto. Nel progetto di codice penale per lo stesso Granducato (15) sono ripetute nella parte essenziale queste disposizioni, e solo è stata data un'estensione al diritto di provare la verità nei casi, in cui l'asserita ingiuria consiste nell'attribuire all'offeso qualità immorali, capaci di avvilirlo nella stima generale. — Il progetto di Norvegia (16) distingue, se

(1) Par. II. tit. 20. §. 548 — 550.

(2) V. Mannkopff, dir. pen. pruss. p. 283. Berlino 1838.

(3) Delle ingiurie I. p. 171 — 190.

(4) Feuerbach Elem. §. 289. — Tittmann Instit. II. p. 218. — Martin Elem. p. 391. — Heffter Elem. p. 328 — Bauer Elem. §. 210 — Abegg. Elem. p. 409.

(5) §. 412.

(6) Secondo l'art. 277, la prova dell'incolpazione può desumersi solamente da valide sentenze giudiziali, o da decisioni di altre autorità.

(7) Prog. del 1827. art. 244. Prog. del 1831 t. 278.

(8) §. 269.

(9) Cod. di Zurigo §. 196, di Lucerna art. 84.

(10) Art. 283.

(11) Art. 272.

(12) Art. 201. V. Günther nelle nuove leggi criminali p. 114.

(13) L. del 31, dicembre 1831. art. 7.

(14) Art. 3.

(15) Art. 286 — 59.

(16) Tit. XVII, art. 10.

l'ingiuriante attribui ad altrui una certa e determinata azione punibile, o si servi di generali espressioni offensive. Nel primo caso l'ingruriante, provando la verità dell'inculpazione, si libera dalla pena: nel secondo l'ordinanza del 27 settembre 1799, §. 10. non consente alcuna deduzione di prova; ma la commissione si convinse (1) del soverchio rigore di questa regola, e propose, che il querelato d'ingiurie dichiar l'azione determinata, della quale intese parlare, e ne possa provare la verità. Il progetto di codice per la Prussia propone all'incontro, che la verità di una manifestazione non ne toglie la penalità, e che costituisce una causa attenuante nelle sole offese, che contengono il rimprovero di un delitto, quando l'offensore ebbe fondato motivo di tenere per vero il rimprovero (2).

Mentre la nuova legislazione germanica, a tenore di quanto abbiamo esposto finora, presta omaggio al principio, che la prova della verità liberi dalla pena dell'ingiuria; la legislazione francese è animata da massime affatto diverse. Anche prima della rivoluzione la giurisprudenza francese (3), dietro l'autorità del Farinacio, e principalmente di Argentré, avea fatto parecchie distinzioni, il cui carattere capitale era quello di liberar l'ingiuriante dalla pena, quando l'ingiuria fosse verbale, ed espressa con intenzione di violare l'onore, e purchè la prova della verità si fornisse per mezzo di notorietà, o di documenti (4). Nel codice del 1810 (5) è stabilito, che il querelato va libero dalla pena della calunnia, provando la verità del fatto, che ferisce l'onore altrui: ma questa prova non si può desumere che da una sentenza, o da un altro atto autentico. La legge non ammette altri mezzi probatori. La notorietà ed i ragguagli inseriti in fogli stranieri non bastano a salvare dalla persecuzione giudiziale. Per quanto la regola del codice abbia un aspetto di liberalità, pare, come dice un ingegnoso scrittore (6), è

una lettera morta; perchè la limitazione della qualità della prova rende impossibile una liberale applicazione. Il cambiamento delle circostanze, durante la restaurazione, fece sviluppare altre idee. Si trovò più conveniente la dottrina inglese, che certamente in Inghilterra perde nell'applicazione la sua rigidità. Parve necessaria una legislazione severa contro gli abusi della stampa, e fu promulgata la legge del 26 maggio 1819 (7), la quale fermò, che niuno dovesse essere ammesso alla prova della verità, fuorchè quando l'inculpazione fosse stata diretta contro un *depositaire* o *agent de l'autorité* o contro una persona rivestita di un carattere pubblico, per azioni relative al suo impiego. Mentre la legge considera come turpe la diffusione di atti vergognosi altrui, ancorchè si possano provare, riconosce di pubblico interesse, che i fatti biasimevoli delle nominate persone (8) non si sottraggano alla censura dell'opinione popolare, perchè la loro vita pubblica appartiene senza contraddizione al pubblico. Nell'applicare la legge del 1819 nacquero molte difficoltà. Si dovè ricercare, se il divieto, che faceva la legge, di ammetter la prova della verità delle ingiurie rispetto alle persone, che non appartengono al pubblico servizio, si dovesse intendere solamente della prova testimoniale, o scritturale, o se escludesse anche la prova legale, fornita per mezzo di atti pubblici e di sentenze. E siccome la legge del 1819 avea abrogato l'art. 370. del codice penale, pareva esclusa ancora qualunque prova legale: ma si credè all'incontro, che dovesse lasciarsi al giudice un certo arbitrio di concederla (9). Secondo la volontà del legislatore francese non si dee guardare, nei rimproveri diretti ai pubblici impiegati, se l'atto rimproverato sia punibile, o no. La prova si ammette in ambedue i casi. Se la prova non è fornita, non si bada altrimenti alla qualità buona o cattiva dell'intenzione (10); e se la prova è fornita, ha luogo la liberazione dalla pena, ancorchè fosse cattiva l'intenzione di chi fece il rimprovero. È particolare

(1) Motivi del progetto per la Norvegia, p. 246.

(2) Nei motivi di questo titolo p. 72. si cerca di mostrare, che la pubblica opinione è contraria a sì fatte diffusioni di atti immorali od ingiusti altrui, benchè veri.

(3) *Journal-Traité de la justice crim. en France*, vol. III. p. 620.

(4) *Dareau Traité des injures* (Paris 1775) p. 437.

(5) Art. 368 — 370.

(6) Chassan l. c. II. p. 435.

(7) *Parant Lois de la presse an. 1839, ou législation actuelle etc.* Paris 1834. p. 344.

(8) Intorno al senso dell'espressione *agent de l'autorité*, e *carattere public*, V. Chassan *Traité des délits* I. p. 382 — 383. I membri delle Camere, i giurati, e i testimoni hanno carattere pubblico.

(9) *Parant l. c.* p. 314 e 318.

(10) *Rautau Traité de droit crim. français* vol. I. p. 573.

nella giurisprudenza francese, che i giurati possano assolvere dalla pena il querelato d'ingiurie, che provò i fatti rimproverati (1), e che egli possa non ostante esser condannato al risarcimento del danno (2). Le disposizioni francesi furono biasimate a ragione (3). Nella revisione del codice, fatta nel Belgio il 1834, prevalse il sistema della legge del 1819, che fu incorporata nel nuovo progetto. Haus (4) ravvisò con molto senno l'insufficienza della proposizione, e nel suo progetto (5) espose il sistema, di cui faremo parola più sotto. Ognorachè l'inculpazione prenda di mira un pubblico impiegato, od una persona rivestita di carattere pubblico, nelle loro funzioni ufficiali, il querelato può addurre ogni specie di prova, per liberarsi dalla pena della calunnia. Se l'inculpazione tocca dei fatti relativi alla vita privata dei cittadini, e legalmente punibili, l'autore si può difendere con le sole prove, che risultano da una sentenza. Postochè l'inculpatore abbia giudizialmente denunziato quei fatti, il processo d'ingiurie rimane sospeso, fintantochè non sia terminato quello dei fatti denunziati. Se l'inculpazione prende di mira dei fatti, che non sono punibili, il querelato può dimostrarne per ogni modo la verità; salvo il caso, in cui risulti probabile, che egli abbia incolpato con l'intenzione di violare l'onore. Dove poi l'inculpazione si diriga a dei fatti, che sono in vero punibili, ma che si possono perseguir solamente a denunzia di parte, l'inculpatore non è ammesso alla prova del medesimo.

Un sistema particolare domina nel diritto inglese. Noi abbiamo dichiarato altrove (6) la massima inglese intorno alle ingiurie, ed intendiamo di congiungere la presente esposizione con quella anteriore. I principj giuridici d'Inghilterra in materia d'ingiurie non si appoggiano ad una legislazione chiusa, ma alla *Common Law*, e solamente pochi statuti si riferiscono a questo capo. La sola consuetudine forense ha sviluppato a poco a po-

co le opinioni, le quali non sono perciò inalterabili e costanti, ma procedono insieme con la collara del popolo. Vuolsi principalmente considerare, che in Inghilterra decidono i giurati, i quali hanno un potere estesissimo nei delitti di stampa (7), e conciliano con l'esigenza della vita pratica e con l'equità l'apparente rigore del principio giuridico. Il diritto inglese distingue le ingiurie verbali (*slander*) dal libello, che corrisponde al nostro delitto di stampa. L'ingiuria verbale si trae dietro una querela diretta a conseguire il risarcimento del danno: il libello, o può dar luogo ad una simil querela, o ad un'accusa criminale (8). Quando la querela dell'offeso è diretta ad ottenere l'indennità, la prova della verità dei fatti libera il querelato dal dovere di risarcire; perchè l'azione dei danni non si può sostenere contro chi disse il vero; perchè dipende dall'offeso, ottimo giudice delle sue circostanze; il proporla; e perchè non conviene, che l'autore d'un'azione indegna, che si può dimostrare, tragga guadagno dal fatto rimproveratogli (9). Da un'idea affatto diversa parte il diritto inglese nel libello, ognorachè venga intentata un'accusa criminale. In questo non si ammette la prova della verità dei fatti attribuiti; perocchè, dove l'inquisizion criminale ha luogo sovente contro volontà dell'offeso, non è applicabile il principio, che nell'azione dei danni permette la eccezione. La ragione in fatti, per cui la legge decreta contro il libello una pena, quella sì è, che per via delle incolpazioni divulgate si dà un grandissimo eccitamento alle private vendette, e al disordine, e si perturba la pubblica pace, che dee garantirsi dal legislatore (10); e sotto questo aspetto non occorre considerare, se l'inculpazione sia vera, o no; perchè appunto nelle vere incolpazioni sarebbe maggiore l'aspirazione, e il conseguente pericolo di veder disturbata la sicurezza. Il fondamento della penalità delle ingiurie, secondo il parere dei giuristi inglesi, non consiste nella falsità del rimprovero. La legge dee con minacce pe-

(1) *Revue de legislation et de jurisprudence*, Paris 1838, vol. IX. n. 133.

(2) Chassau l. c. vol. II. p. 437 — 440.

(3) *Détribeaux Essais sur le code pénal*. p. 144.

(4) *Observations sur le projet de revision du code pénal présenté aux chambres belges*. Grand. 1836. vol. III. p. 60 — 67.

(5) Art. 373 — 377.

(6) *Archivio di dir. crim.* t. XIII. p. 829 — 832.

(7) *Worthington Inquiry in to the power of law*. p. 145. — Chassau *Traité des délits et contraventions de la parole*, vol. II. p. 129.

(8) *Harkle treatise on the law of slander and libel*, London 1830. vol. II.

(9) lvi — preliminary discourse. p. CXXIX — CXXVII.

(10) lvi p. CXXI. vol. II. p. 281. *Deacon Digest of criminal law of England*, vol. II. p. 806.

nali proteggere energicamente l'onore, e non permettere una diffusione d'incolpazioni, capace di provocare un disordine tanto pericoloso; perocchè, concedendo la prova della verità in tribunale, l'inquisito rimarrebbe esposto a gravissimi pregiudizj, specialmente in Inghilterra, dove il carattere di un uomo può divenire oggetto di un pubblico processo. Anche nell'azione di disciolpa civile giuriconsulti inglesi fanno delle distinzioni intorno alla concessione della prova della verità; onde si dubitò del diritto della medesima, quando l'incolpazione consista in generali espressioni (1), come quella di chi dicesse — A è un ladro. — Alla formazione di questi principj in Inghilterra contribuì l'autorità di alcuni antichi giuristi, esemplarmente di Coke, il quale, precipuamente nel libello, ebbe dinanzi agli occhi le disposizioni romane intorno al *libellus famosus*. Modernamente per altro è stata molto censurata la severità di queste massime escludenti la prova, ed ha progredito l'opinione, che la vuole concessa anche nei processi di libello (2). Nella pratica poi si venne formando a poco a poco un'altra idea. Ognorachè dal processo risulta, che l'incolpato operò a buona fede, e senza intenzione di recar danno altrui (3), o che prese di mira un interesse lecito; si presenta un motivo di decretare l'impunità. Su di che influisce non poco la pronta dimostrazione della verità dei rimproveri. I liberigiranti esaminano questa circostanza dietro l'impressione dell'insieme: e il querelato può contare (4) sull'assoluzione, quando essi si convincano, che il rimprovero di fatti veri avvenne senza cattiva intenzione (5).

Le massime Inglesi trapassarono nella giurisprudenza e nella legislazione dell'America settentrionale. Ma il gran valore, che in quel paese si annette alla libertà della stampa, fece sì che non vi trovassero accesso alcune opinioni, che in un tempo di minor favore per la medesima erano nate in Inghilterra. Il libello fu considerato come una specie d'ingratria, accompagnata per altro da circostanze aggravanti. La potenza del-

l'opinion popolare non sofferse, che si puisse un uomo, perchè aveva detto la verità (6); e lo spirito di quel paese estese il diritto di esprimerla in tutti i casi, in cui si presentasse un pubblico interesse di averne notizia, come rispetto ai candidati ai pubblici impieghi. In America si diffuse piuttosto la moderna giurisprudenza inglese: ma vi si scorge per certo non piccola varietà di principj nelle legislazioni dei diversi paesi (7). Bensì l'idea dominante e fondamentale è il favore della libertà, e del diritto alla verità (8); onde la prova di questa sottrae dalla pena del libello. Secondo alcune legislazioni la prova della verità è indistintamente permessa in tutti i processi di libello (9); secondo altre si aggiunge, che debbe assolversi il querelato, quando provi la verità, e il libello sia stato divulgato per buoni motivi (10); secondo altre (11) è permessa la prova della verità, ogni qual volta il libello è diretto ad investigare la condotta ufficiale de' pubblici impiegati, o di persone, che hanno un carattere pubblico, o quando l'oggetto dello scritto è adattato a fare introdurre un'inquisizione criminale: secondo altre la prova della verità è esclusa, quando si tratti di scritture, che feriscano la fama d'un trapassato, o si proponano di divulgare la fisica deformità di una persona vivente. Un importantissimo progetto sopra la pazzione delle ingiurie fu proposto da Livingston per la Louisiana (12). Egli partì dall'idea di favorire il diritto della verità, e di proteggere i cittadini dagli assalti della malevolenza.

La quistione della prova della verità è stata modernamente discussa in varj paesi all'occasione di deliberare le leggi relative alla stampa. Noi torneremo a questo proposito nel §. IV.

(6) *Olive Rights of an american citizen* Boston 1832, p. 253 — 263.

(7) *Kent Comment. on american law*. vol. II. p. 16 — 22.

(8) *American jurist*, fasc. XXXI. p. 93 — 107.

(9) Esemplarmente per la costituzione dello Stato di Connecticut l. art. 7, e a tenore del cod. crim. della Georgia, del 1833, p. 181.

(10) *Revised statutes of New-York*, l. p. 85. *Revised statutes of Massachusetts*, cap. 33. p. 746.

(11) *Constitution of the Pensylvania* art. IX. sect. VII. of the Ohio VII. sect. 6. of the Kentucky act. X. sect. 8.

(12) *Code of Louisiana*, tit. XVIII. p. 90.

(1) Ivi vol. I. p. 466.

(2) Ivi p. CXVI. CXXVIII. — *Milli Encyclopaedia britannica* art. *liberty of press*. — *Law, magazine*, fasc. 24. p. 436.

(3) *Harkie l. c.* vol. II. p. 255.

(4) Ivi vol. I. p. CXLV. sq.

(5) Nel nuovo bill proposto da Ockonnell è ammessa la eccezione della verità anche nell'accusa criminale di libello.

## §. II.

*Ragioni contrarie alla prova della verità.*

Le ragioni, con le quali si cerca di escludere la prova della verità si riducono principalmente alle seguenti (1).

1) La libertà di far noto quanto si sa di un altro, foss'anche pregiudicevole all'onor suo, con l'obbligo solo di provare la verità della manifestazione, disturba la pace della civil società, distrugge la confidenza delle relazioni coniugali, disunisce gli amici e i compagni, e può facilmente dissipare la felicità di un uomo, che scorga abbandonato alle pubbliche dicerie anche ogni atto, che egli commise in un momento di debolezza.

2) Che il diritto di dire la verità sia sempre fondato, non si può ragionevolmente affermare. Se per esempio facesse taluno il racconto d'un fatto vero ad una persona gravemente ammalata, che fosse per riceverne la più profonda e pericolosa impressione; se il medico, o l'impiegato, che avevano il dovere di tener gelosamente segreto un fatto, lo partecipassero ad altri; chi scuserebbe l'indiscretezza di costoro, perchè hanno detto la verità, e non crederebbe piuttosto, che non se ne dovesse ammettere la prova, perchè la manifestazione è immorale in se stessa?

3) Se si concede a chiunque il diritto di pubblicar tutto ciò, che gli è noto di un altro, e di provare la verità della sua affermazione, si viene a rilasciare ad un tribunale incompetente il giudizio delle azioni de' cittadini. Imperocchè quando la calunnia contiene il rimprovero di un atto delittuoso, si adisce, per provare la verità contro l'*actio injuriarum*, un giudice, che non ha la facoltà di decidere del maleficio attribuito. Se A esempigrazia viene incolpato da B di aver commesso un furto a danno di C, e lo stesso A promuove la querela d'ingiurie; il solo tribunale, che dee giudicare di questa, sarebbe autorizzato, nel caso della *exceptio veritatis*, a risolvere la questione del furto commesso contro di C: mentre il solo tribunale di C è competente a decidere del delitto, commesso in quel circondario. L'imbarazzo sarebbe anche maggiore nelle calunnie, che attribuiscono altrui un'azione immorale. Ammettendo allora la prova alla presenza del tribunale, si ricorrereb-

be propriamente al giudizio del pubblico, soprattutto negli Stati, in cui vige il sistema della pubblicità dei giudizi. E qui si pensi, quanto sia fallace il giudizio di una moltitudine, facilmente inclinevole ad ammettere un'opinione a carico altrui, e che non ha le capacità necessarie ad investigare a fondo la verità.

4) La concessione della prova apporta, come osservano i suoi avversarj, gravissimo danno all'oltraggiato. Se questi è innocente, la ferita, che riceve dall'ingiuria, si dilata, quando il querelato si studia di dargli, mediante la prova, le apparenze del vero al rimprovero, e per difendersi offende. Riuscirebbe agevolissimo il conseguimento della vergognosa sua mira ad un furfante, che volesse indegnamente colpire una donzella innocente, sol che egli sostenesse, che la medesima avesse una notte dato ricetto nella sua camera ad un uomo coniugato. Ancorchè l'incolpato non producesse falsi testimoni, gli sarebbe sempre facile coacervar circostanze, atte a presentare in un aspetto infelice la donzella; perchè tutti sanno, quanto gli uomini sieno facili a riputar verisimile il male, che si narra degli altri.

5) Il permettere legalmente di liberarsi dalla pena della calunnia, mediante la prova della verità, si rappresenta ancora come contraddittorio allo spirito di una sava legislazione. Il legislatore in fatti ha dei buoni motivi per non minacciare di pena tutte quante le azioni immorali. Ma il diritto di punire verrebbe infelicemente esteso fino al segno di convertire i peccati in delitti, se l'incolpato d'un azione immorale potesse rivolgere il tribunale ad investigarla, contrapponendo alla querela d'ingiurie l'eccezione della verità. Quando un marito in un momento di debolezza abbia rotto la fede giurata alla moglie, o una donzella abbia permesso qualche libertà al giovane amato, ogni maligno o temerario, che fu casualmente testimone di simili fatti, potrà sollevare indiscretamente il velo, che li ricuopre, e rovinare con la prova giudiziale la domestica tranquillità di quell'uomo, e la fama di questa fanciulla.

6) Se la legislazione permette un simile procedimento, sovverte le idee di tutti i popoli, che riguardano la vita privata de' cittadini, e l'interno delle famiglie, come un santuario, in cui lo Stato non penetra senza argenti motivi, e che anzi dee difendere dalle esplorazioni e dalle ciarle dei terzi. La pretesione di fare oggetto di giudiziale ricer-

ca tutte le azioni d'un cittadino è contraria ai precetti della cristiana carità, e si oppone alla teorica del miglioramento, tanto apprezzata dai moderni, concedendo a ciascuno di rinfacciare pubblicamente il delitto ad un uomo, che ne ha espiata la pena.

7) Le azioni, contro di cui si suol promuovere l'*actio injuriarum*, o sono punibili; o sono semplicemente immorali, o senza appartenere all'una, nè all'altra specie, possono dimostrare certe debolezze od imperfezioni altrui. Nel primo caso non dee permettersi all'ingiuriante la prova; perchè poteva o doveva denunziarle, al tribunale, e non merita scusa, se non lo fece: nel secondo e nel terzo caso, nè il tribunale, nè il terzo ha interesse o diritto di spiegare in giudizio la prova di azioni, che la legge a bella posta si astenne dal colpire di pena, e che nuno è autorizzato a portare alla cognizione del pubblico.

### §. III.

*Ragioni favorevoli alla prova della verità.*

Poichè il legislatore nel costituire le disposizioni penali dee ponderare i diversi interessi, fa d'uopo, che egli consideri, se sieno per aver luogo inconvenienti maggiori, dove non conceda la prova della verità, o dove la conceda con certe limitazioni. Noi abbiamo dimostrato nel precedente paragrafo, quali pregiudizj deriverebbero dall'ammetterla senza restrizioni: ora è nostro debito esporre anche quelli, che procederebbero dall'escluderla assolutamente. In questo proposito è principalmente istruttiva l'esperienza della Francia.

1) Se la legge non permette all'inculpato di provare la verità dell'inculpazione ad effetto d'invalidare l'*actio injuriarum*, il querelato incorre nella pena della calunnia, ancorchè sia giusto il rimprovero, che egli ha fatto. A per esempio viene interrogato da B intorno al carattere di C, al quale B è in trattato di maritare la figlia. A sa bene, che C ha sedotto una donzella, e che è stato punito per via di truffa, e da uomo d'onore partecipa tutto questo a B. C, giunto a risaperlo, muove una querela contro di A, il quale è pronto a provare la verità della sua comunicazione: ma ciò non ostante non viene ascoltato, e soggiace alla pena, come calunniatore. Si fatta punizione per altro sta in aperta contraddizione (1) con la coscienza popo-

lare, la quale dà il nome di calunniatore solamente a colui, che incolpa falsamente un altro. La pubblica voce condanna una legislazione, che sottomette alla pena della calunnia chi non ha fatto altro che dire la verità (2); e guai ad una legislazione, che costringe i giudici a pronunziar sentenze, contraddette dal voto generale!

2) L'esclusione della prova della verità conduce ad un sistema di menzogna e d'ipocrisia, il predominio del quale rompe finalmente il carattere del popolo: ed in ogni caso produce almeno una ritenutezza, che guasta la necessaria sincerità dell'indole. Quando taluno, che vuole intavolare con A, cui ancora non conosce, un affare importante; s'informa primieramente del suo carattere da chi ne ha pratica. Ma se v'è il pericolo d'incorrere nella pena della calunnia, nuno, che conosca le più turpi azioni di A, oserà di avvertirne l'altro e di dire la verità. Se nelle elezioni la voce si determina a favore di B., conosciuto da molti, come autore di pessime azioni, che lo rendono indegno di essere eletto; per non soggiacere alla pena della calunnia si tacerà, o si loderà contro coscienza un uomo, che si reputa un malvagio.

3) In questo modo si ledono gl'interessi più rilevanti dei singoli. Una persona prudente, che, prima di trattare d'affari con un terzo, s'informi della sua natura, e della sua precedente condotta, non può confidarsi di sapere la verità. La legge chiude le labbra (3) a coloro, che sarebbero in grado di comunicargliela, ed egli entra ingannato in una faccenda, nella quale troppo tardi s'accorge d'essersi impegnato con un uomo indegno.

4) L'impossibilità di proporre l'eccezione della verità non è meno funesta ai pubblici interessi (4); perocchè, quando si tratta di eleggere i deputati e gli amministratori comunali, preme grandemente allo Stato, che non s'intruda in que' posti chi non li merita. È diritto e dovere di tutti i cittadini, e principalmente degli elettori, l'esprimere palesemente il proprio convincimento intorno all'indignità di un candidato, che si procaccia scaltramente il favor del suffragj. E siccome lo Stato ha il più grande interesse ad avere uomini degni nei pub-

(2) Haus Observat. sur le projet de revision III. p. 67.

(3) Sommer trattati p. 149.

(4) Zum Bach Idee sugli oggetti capitali del diritto penale, p. 302.

(1) Di ciò contengono anche i giuristi inglesi. Harkie l. c. prelim. disc. p. CXXI.

blici impieghi, non è conforme alla prudenza il serrare la bocca a chi rivela le turpitudini d'un impiegato, ed è pronto a provare la sua affermazione.

5) Sarebbe malagevole il credere, che la morale ritragga vantaggio dall'esclusione della prova della verità; perocchè il timore del libero giudizio dei concittadini distorna infallibilmente da molte azioni disoneste o illegali. Ma tostochè la legislazione non consenta alla pubblica opinione di esprimersi, e, proteggendo qualunque nome ingiusto ed immorale, punisca, come calunniatore, colui, che osa incolparlo d'un'azione malvagia; viene a mancar quella forza, che dissuade così potentemente dal delitto, ed il furfante è sicuro, che niuno oserà di chiamarlo con questo titolo.

6) Gli avversarj rispondono, che non è necessario permettere l'eccezione della verità, perchè chiunque conosce azioni illecite altrui non dee far altro che denunziarle al tribunale; onde si vnoi riputare, che chiunque omette questa denunzia, e sceglie la via di diffamare fuor di giudizio il proprio concittadino, operi per cattive intenzioni, e perciò non meriti di essere ammesso a provare la propria asserzione. Questo ragionamento si appoggia all'erroneo supposto, che ognuno possa denunziare al tribunale le azioni, le cui rimproveri sono oggetto della querela di calunnia; ma un gran numero d'imputazioni si riferiscono ad atti, che non sono punibili, e che non ostante fanno cadere nel pubblico disprezzo chi li commette; esempigràzia che un uomo agiato ricusi di mettere a parte della sua fortuna un padre vecchio e miserabile, lo abbia fatto cacciare di casa dai famigliari, e lo lasci vivere meschinamente; o che taluno abbia sedotto una donzella; o che un altro passi la vita nei bordelli; o che un cittadino, che pretende all'onore di deputato, si sia obbligato col ministro, da cui attende un impiego, di dar sempre il voto favorevole alle proposte ministeriali. In simili casi fa di mestieri permetter la prova di tali azioni, quando l'incolpato intenti la querela della calunnia. Al querelato non si può rimproverare di non averle denunziate al tribunale, perchè non era dato perseguitarle giudizialmente. Ma, inttochè si trattasse di azioni punibili, non sarebbe esatto il dire, che l'incolpato ne potea denunziare; perchè vi sono dei delitti, contro i quali non si procede d'ufficio, ma solamente dietro doglianza di parte, come per esempio l'adulterio, ed il ratto: ed anche alcuni di quelli,

che si perseguono d'ufficio, può avvenire che non si possano denunziare, o perchè commessi all'estero, o perchè prescritti. — E quando si replica, che, dove un'accusa, od una denuncia giudiziale non è ammissibile, neppure il terzo ha diritto di rimproverare l'azione; quando inoltre si afferma, che i fatti non colpiti di pena debbono rispettarli come un segreto, e che lo Stato non dee permettere, che sieno propalati; si cade evidentemente in altri errori. Nella vita civile compete certamente ad ognuno il diritto d'informarsi del carattere della persona, con cui vuol entrare in affari, o alla quale si pensa di dare il proprio voto elettivo. Ognuno dunque ha interesse di domandare dell'indole di certe persone: e il domandato, che ne conosce qualche particolare, è obbligato, almeno moralmente, a comunicare la verità. Moltissime sono le circostanze, nelle quali importa grandemente al cittadino il conoscere la condotta altrui: nella qual ricerca non vengono in considerazione le sole azioni punibili; ma ancora le immorali, onde si può principalmente giudicare dell'indole d'una persona. E poi falso, che lo Stato non debba permettere d'investigare le azioni, che non dichiarò delittuose; perchè parecchi fatti indelicati, e per ragioni politiche non colpiti di pena, non sono già dalla legge approvati: la quale anzi intende di rilasciare il giudizio alla rigorosa censura dell'opinione, che sovente esercita sopra i colpevoli un'influenza più terribile dei tribunali criminali. — Il permettere la prova della verità nell'ingiurie orali, o l'escluderla nelle stampate, come si fa in Inghilterra, è un assurdo; perchè non sussiste, che con quelle della seconda specie si disturbi la pubblica pace. Se taluno dà la taccia di ladro ad un altro in faccia a mille persone, si può difendere con l'eccezione della verità: se fa stampare la stessa proposizione nel foglio settimanale d'un paesello, non è ammesso alla prova. Dov'è qui la conseguenza? Quando gli avversarj sostengono, che l'interesse della pubblica quiete esige l'esclusione della prova della verità, e che molte ingiurie si evitano, dove si sappia, che la legge non permette di profittare dell'eccezione; vuolsi notare all'incontro, che quella vantata calma, in cui riman soffocata qualunque manifestazione del vero, non è desiderabile; perchè per una parte corrompe il carattere del popolo, che s'abituata alla menzogna, ed all'ipocrisia, e per l'altra danneggia la vita del commercio, e dei pub-

blici interessi. Noi ammettiamo certamente, che in alcuni casi una persona, la quale riveli dei fatti veri di un'altra, meriti pena: ma questa pena dipende dalla violazione del segreto, che incombeva al rivelante, o dall'ingiuria; nè si può affermare per questo che il veridico si debba punire come calunniatore. — La legislazione non dee restringere la libertà civile, e neppure la libertà della parola, più di quello che l'interesse pubblico esige. —

È dunque nostro debito esaminare, fino a qual segno sia necessario stabilire limitazioni. Su di che noi riconosciamo piena di saviezza la massima del comun diritto criminale germanico, in virtù della quale chiunque depone di fatti altrui, che diano luogo a intentar la querela della calunnia, è autorizzato a dedurre la prova dei medesimi, e si sottrae con essa alla pena. Non è vero, che nei casi, in cui la legge ricusa l'eccezione, si ritrovi l'offeso in una condizione migliore, se sta di fronte ad uno scaltro avversario. Io sono stato testimone di pubblici dibattimenti, in cui non era al querelato legalmente concessa l'eccezione della verità, e mi sono convinto della destrezza, con la quale egli cercava di allontanare da sè il rimprovero d'una cattiva intenzione, producendo a sua difesa dei fatti, che mostravano la verità dell'inculpazione, e facendo scorgere in ogni momento, che egli avrebbe potuto provarla, se non ne fosse stato dalla legge impedito. Più volte l'offeso, nuovamente assalito dall'astuta difesa, domandò al querelato le prove de' suoi rimproveri: ma questi dovè dichiarare, che la legge gli vietava di addurle. In tale occasione non credo, che l'offeso avesse motivo di esaltare la saggia sollecitudine del legislatore.

#### §. IV.

##### *Limitazioni del diritto di fornire la prova della verità.*

Le limitazioni da imporsi alla prova della verità, diretta ad invalidare la querela d'ingiurie, si possono presentare in diversa maniera.

I. Possono riferirsi al tenore delle manifestazioni, che vengono perseguitate come ingiurie, vale a dire,

A) in quanto si ammetta questa prova nelle sole calunnie, e si escluda nelle ingiurie propriamente dette. Nell'esaminar la giustizia di questa opinione, tutto dipende dallo stabilire l'idea fon-

damentale della calunnia. Se per calunnia s'intende soltanto l'imputazione scientemente falsa di azioni, che sono dal codice dichiarate crimini o delitti, e se la legge chiama calunniatore solamente, quello che scientemente depone di azioni altrui, che sono minacciate di pena, o che per la loro immorale natura abbandonerebbero il supposto autore in preda al pubblico disprezzo; la limitazione della prova non è commentabile. Imperocchè ne risulterebbe nel primo caso, che, quando venisse fatto rimprovero di azioni, colpite di pena leggiera, e perciò non dichiarate crimini e delitti, oppure di azioni immorali, non si potrebbe ammettere l'eccezione della verità. Il che sarebbe ingiusto; perchè anzi, nel giudicare del merito d'un altro, debb'esser lecito esporre le azioni, che lo dimostrano immorale, quando se ne possa provare la verità, ad effetto che sia provveduto al pubblico ed al privato interesse delle persone, che abbisognano d'informarsi del carattere altrui. Secondo il codice bavaro, l'incontinenza contro natura, e la bestemmia, non sono crimini, nè delitti. Or chi venisse interrogato dell'indole di A da uno, che pensa di stringer con esso un contratto di società, o di maritargli la figlia, e semplicemente dichiarasse, senza forma oltraggiosa, che A è un impudico contro natura, od un bestemmiatore, o che passa la vita nei bordelli, o che lascia languire nella miseria il suo povero padre; postochè, querelato, non potesse opporre l'eccezione della verità, verrebbe punito, come ingiuriatore, non ostante che si fosse condotto da uomo onorevole. Se l'idea di calunnia si ripone nell'imputazione scientemente falsa di determinate azioni punibili ed immorali; chiunque con espressioni indeterminate incolpa un altro d'ingiustizia, o d'immoralità, commetterà pel senso legale un'ingiuria, e non potrà con la prova della verità sottrarsi alle conseguenze penali, perchè la medesima è ammessa nelle sole calunnie. Ma questa opinione è pericolosa; perocchè a tenore di essa viene impedito di provare la verità a colui, che incolpa un altro, non di un dato delitto, o di una determinata immoralità, ma di qualità o di sentimenti spregevoli, o si serve di generali espressioni, che in sè stesse racchiudono il rimprovero di certi reati. Ma ciò sarebbe ingiusto; perocchè quando taluno, interrogato del carattere di A, dichiara, che in Vienna, ov'egli ha dimorato precedentemente, niuno si fidava di lui, avvegnachè fosse

un ladro, o quando taluno dice, che l'impiiegato B è sommamente corruttibile, o che si conduce immoralmente, e non rispetta i doveri matrimoniali; sarebbe cosa iniqua l'escluder la prova della verità, diretta a dimostrar l'esistenza di simili pecche. Laonde chiunque è in grado di provare, che A rubato, si sottrae ad ogni pena, se gli ha dato del ladro. E chiunque giustifica, che B, qualificato per corruttibile, si è lasciato sedurre per mezzo di doni, non può esser punito, come calunniatore. Se egli possa soggiacere alla pena dell'ingiuria, per causa del modo, con cui profferse il proprio giudizio, è un'altra quistione, a cui replicheremo più sotto.

B. Una limitazione al diritto di provare la verità si può presentare dietro la qualità dei fatti, su cui si fondano gl'ingiuriosi rimproveri. Questi fatti si distinguono 1) in quelli, per cui taluno è incolpato d'un'azione punibile, od immorale; 2) in quelli, che contengono certe debolezze morali d'un altro, senza che vi sia compresa un'azione punibile, od immorale: come se taluno fosse incolpato d'una grande albagia, o di una particolare inclinazione al bel sesso, o rappresentato per una persona, che manchi di certe virtù, esempigrazia di magnanimità, di annegazione, di coraggio; 3) in quelli, che incolpano un altro d'una precipitanza non immorale, o di goffaggine, o di modi ridicoli; 4) in quelli, che contengono il rimprovero di debolezza intellettuale: esempigrazia che taluno ha dato una risposta insensata, o ha fatto qualche cosa, che mostra la sua stupidità; 5) in quelli, che appongono imperfezioni corporali: esempigrazia che taluno ha una certa malattia, o che è impotente a generare.

Per valutar giustamente l'estensione, entro la quale si può concedere al querelato d'ingiurie la prova della verità, dovrebbe ripularsi decisiva la regola seguente. *Ognorachè la manifestazione, per cui s'intenta la querela, non costituisce un'ingiuria, od una calunnia punibile, o per causa del suo tenore sottomette il querelato a una pena; non vuolsi ammetter la prova della verità dei fatti. La giustizia di questa massima si riconosce osservando, che lo Stato non può concedere, che nei tribunali si facciano prove superflue, e prive d'importanza; perchè debb'essere oggetto di giuridica discussione solamente ciò, che è necessario allo scopo di una retta decisione giudiziale, affinchè non si pretenda di occupar senza frutto l'attenzione de' magistrati, e*

non si fornisca occasione d'inutili spese. Ciò che è privo d'importanza non contribuisce menomamente alla conclusione della controversia: ed una prova di fatti, che veri, o non veri, esercitano la stessa influenza giuridica, dee rigettarsi come priva d'importanza. Nelle ingiurie nascerebbero ancora nuovi pregiudizj dal permettere sì fatte inutili prove. L'audace, che vuol ferire un individuo, otterrebbe anche più facilmente il suo scopo, se potesse provare i fatti, la cui pubblicazione torna disagiata all'altro. Ancorchè l'ingiuriante venisse punito, egli avrebbe cagionato, mediante la deduzione della prova, una ferita anche più dolorosa all'ingiuriato. Se noi applichiamo l'esposta regola ai diversi fatti, che possono essere oggetto d'una querela d'ingiurie, si scopre di leggieri, che la prova non dee concedersi nel rimprovero di debolezze morali, nè d'imperfezioni corporali od intellettuali; poichè, o in simili appuntamenti non trova alcuna base l'*actio injuriarum*, o la manifestazione contribuisce un'ingiuria, senza che occorra badare, se sia vera, o no. Secondo le cose, che abbiamo dette in un altro luogo (1), la protezione, che per mezzo delle leggi penali somministra lo Stato in materia d'ingiurie, è ordinata solamente a far sì, che niuno venga rappresentato da false incolpazioni, come un uomo degno di pena, o immorale, o trattato in maniera, che gli si mostri disprezzo. Perciò non è concesso promuovere una querela d'ingiurie contro chi dice, che taluno non ha grande ingegno, o che non lo crede capace di far la scoperta, del cui autore si parla, o che non è una persona magnanima; perocchè sì fatte espressioni altro non sono, che opinioni e giudizi, che bisogna abbandonare alla libertà individuale, se non si vuol soffocare ogni commercio sociale. Nè lo Stato può decretare contro tali manifestazioni una pena; perchè il valor morale e giuridico d'un uomo non risente pregiudizio dal non possedere certe doti intellettuali, o dal non esser capace di fare delle grandi scoperte, e perchè non è dato stabilire la presunzione, che ogni cittadino abbia un ingegno privilegiato, o sia fornito delle più eminenti virtù, nè garantire, che ogni attore, o professore, rappresenterà mirabilmente la rispettiva sua parte (2).

(1) Archivio di dir. crim. t. XIV. p. 66. V. anche Kettenacker del delitto d'ingiuria p. 8.

(2) Chassan l. c. vol. I. p. 341. — Kettenacker

In questi casi non si può ammettere alcuna deduzione di prova, perchè non si presenta un'ingiuria. Nelle manifestazioni poi, che contengono il rimprovero di difetti corporei, tutto dipende dal vedere (1), se in esse, o per la loro forma, o per le circostanze, in cui furono fatte, apparisca un'ingiuria. È noto, che, se taluno dice, che un altro ha un occhio solo, od è zoppo, ad effetto di mostrare, che non è buono per certe cose, potrà commettere un tratto d'indelicatezza, ma non un'ingiuria. Se taluno racconta, che un dato individuo è malato di scrofele, od è impotente a generare, potrà meritare del pari la taccia d'indelicato, o macchiarsi di una punibile violazione di segreto, ma non d'ingiuria. Ma se in una numerosa conversazione qualche indiscreto narrasse senza motivo tali cose di un altro, o rimproverasse ad una dama, che essa imbratta il letto, come un bambino; il caso si trasformerebbe per modo, che vi si scorgerebbe l'intenzione di offendere, perchè tal contegno si potrebbe considerare come un'espressione di spregio. E quando ciò risultasse, si dovrebbe escluder la prova di quelle imperfezioni; perchè il torto non consiste nell'imputazione, ma bensì nel contegno oltraggioso. In simil guisa si giudicheranno anche i casi, in cui venga fatto ad almeno il rimprovero di difetti intellettuali. Questo rimprovero conterrà un'ingiuria, ognorachè colpirà il rimproverato nell'onore, ch'è proprio della sua condizione (2).

II. Un'altra limitazione della nostra eccezione si può ritrovare.

A) In quanto la legge rimuove la pena per cagion della prova, quando risulta, che l'autor del rimprovero non lo fece per cattiva intenzione. Questa limitazione si può offerire in due modi: a) se la legge liberi dalla pena, solamente allorchè quegli, che fornisce la prova della verità, dimostri ad un tempo la buona intenzione, con cui si manifestò; b) se la legge lo esime da ogni conseguenza penale, solamente allorchè non risulta, che egli si manifestasse con cattiva intenzione. Noi non potremmo raccomandare tal norma al legislatore, nè in quel disteso, nè in questo. L'espressione di buona, o cattiva intenzione è troppo indeterminata. Quando A, interrogato dell'indole di

B, depono di lui, che ha sedotto e poi abbandonato una donzella, e ne adduce la prova; ancorchè si dimostri, che si fatta manifestazione fu eseguita con l'animo di togliere a B un'altra fanciulla, della quale è invaghito A, si può dimandare, se questi debba esser punito, non ostante la prova della verità, perchè la sua deposizione non fu animata da una buona intenzione. Se qui si volesse pnnire, si verrebbero a violare i dettami della sana ragione. Sia pure interessata, sia pure immorale l'intenzione: non per questo è degna di pena nel senso della legge. Sarà certamente difficilissimo il discoprire sicuramente, per via del processo, la vera qualità dell'intenzione, che è una modificazione interna dell'animo. La linea, che separa il lecito dall'illecito giuridico, diverrà sommamente sottile: e il legislatore dee preferire di non far dipender la pena da simili sottigliezze. S'immagini, che una fanciulla (3) viva da molti anni, qual concubina, con un uomo ragguardevole, e che si separi improvvisamente da lui, per causa di qualche discordia, e si ritiri in una remota contrada, ove non è conosciuta la sua precedente condotta. L'uomo le corre dietro, desidera di farla ritornare appresso di sè, e per ottenere il suo intento rende generalmente noto in quella contrada, che la detta fanciulla è stata sua druda. Quali tenuissime ombre non possono in questo caso cangiare, secondo le circostanze, la specie dell'intenzion di colui, che fa la predetta manifestazione! Se per esempio la fanciulla era tornata pentita fra le braccia de' suoi genitori; se si trovava per avventura in un trattato di matrimonio con un uomo rispettabile, e l'amante anteriore, o peregoismo, o per vendetta, o per affetto, o per temerità, improvvisamente distrugge col suo racconto le migliori speranze di quella infelice; come deciderà il giudice questi casi? Se il legislatore fa dipender la pena dalla buona, o dalla cattiva intenzione, corre pericolo di convertire i tribunali civili in tribunali di coscienza: la qual cosa sarebbe ferace dei più gravi disordini.

B) Un'altra limitazione si può riferire al mezzi probatori, che vuole ammetter la legge. Il codice penale francese, come abbiamo accennato di sopra, riconosce per prova legale ammissibile solamente quella, che si deduce da giudiziali sentenze, o da altri atti pubblici. E questa

cker Archivio di giurisprudenza pel Granducato di Baden IV. p. 392.

(1) Archivio di dir. crim. t. XIV. p. 66. Tittmann Instituz. II. p. 219.

(2) Kettenacher I. c. p. 27.

(3) Questo caso fu riferito nel parlamento inglese. Law-magazine, fasc. 21. p. 438.

limitazione non è opportuna; perchè impedisce di provar molte azioni, che l'uno rimprovera all'altro, tuttochè sieno verissime. Ancochè l'atto tarpe sia accaduto con una pubblicità, che lo abbia reso notorio; chi lo racconta può incorrere nella pena della calunnia, se l'altro ha l'inverecundia d'intentar la querela, sapendo, che non può essere addotta a suo carico alcuna prova legale. Dove si tratti di azioni, che secondo le leggi del paese non sono punibili, od anche di azioni punibili, contro di cui non si sia proceduto, il querelato non si potrà difendere con la produzione d'una sentenza. Se per esempio A, che viene Interrogato intorno al carattere di B, che si professa in una famiglia a maestro d'una giovanetta, racconta semplicemente, che è stato scacciato da due case a motivo di seduzione, e di condotta immorale, dovrà esser punito come calunniatore, ancorchè i due uomini onorevoli, che ebbero presso di sè quel maestro, e lo bandirono per averlo sorpreso *in flagranti*, fossero pronti a deporre le loro testimonianze. Per ogni persona di sano giudizio basta sovente, che si produca una notizia inserita in una gazzetta straniera: la legge non permette la prova, e costringe il giudice, forse convinto della verità dei fatti imputati, a punire un uomo veridico. Una prudenza legislativa, spinta fino a tal segno, non è salutare, e non può contar sull'appoggio della pubblica opinione.

C. La limitazione più rilevante è quella, che riguarda le calunnie, commesse per via di stampa. In tutte le nove leggi in materia di stampa è stata limitata in più modi la facoltà di provare i fatti, divulgati con questo mezzo. Secondo la legge del Belgio (1) la prova non è permessa, che quando sia parola di fatti, relativi all'ufficio dell'ingénieur, rimproverati ad un impiegato, o ad altro agente del governo, o ad una persona rivestita di un carattere pubblico. La legge del Portogallo dispone (2) nella stessa guisa. La legge del canton di Lucerna (3) permette ad ognuno di render noti per mezzo della stampa i fatti dimostrabili, di giudicarli, o di esprimere su di essi la propria opinione, perchè simili manifestazioni non sieno ingiuriose. Secondo la legge di Neuchâtel (4) è ammessa la prova della verità, quando possa esser adottata

per mezzo di sentenze. La legge di Baden in materia di stampa, e la legge relativa alle ingiurie, non permettono d'ordinario la prova della verità nei fatti pubblicati per mezzo dei torchi, ma eccettuano il caso, in cui il fatto diffuso contenga il rimprovero di un delitto, minacciato di casa di disciplina, o di correzione, od in cui il divulgatore abbia un determinato interesse privato o pubblico in tale divulgamento. — Ogni legislatore dee certamente punire con più rigore le calunnie commesse per mezzo della stampa, che quelle orali. A fronte dell'espressione orale, emessa nell'effervescenza, e spesso provocata dalla controversia, la calunnia stampata è più colpevole a motivo della premeditazione, e reca obiettivamente maggior pregiudizio, perchè si perpetua. Il legislatore ha dunque il massimo interesse a non tollerare, che la stampa divenga uno strumento di malignità, un mezzo d'indiscretezza, che tragga alla luce la vita privata dei cittadini, strappi senza misericordia ad ogni errore il velo del segreto, produca pubblici scandali, e disturbi il riposo delle famiglie. Per quanto importi la manifestazione del vero, importa anche più, che non si abusi della stampa, perchè è noto, che le passioni si servono volentieri di questo mezzo. Quelle ragioni, per le quali il legislatore non dee sottomettere a pena le confidenti comunicazioni dell'ordinario commercio, ognorchè si possa provare la verità dei fatti, non sono applicabili alle diffusioni per via di stampa. La superbia, la millanteria, le male creanze d'un uomo, possono qualche volta eccitare a rimproverargli in compagnia un fatto vero: le interrogazioni d'una persona, che vuol essere informata di un'altra, prima di trattare con essa di un affare importante, possono determinare ad esporre la verità, ancorchè dispiacevole altrui: ma non occorre d'ordinario ad alcuno di parlare al pubblico, per via della stampa, del valore d'un uomo, di scoprirne le debolezze, di svolargli i segreti privati, o di avverlarne infiere popolazioni. Chi sceglie il mezzo della stampa a questo effetto, è indotto per solito dalla passione, non da una buona intenzione, o dall'amore del vero. Sebbene questa sia la regola (5), il legislatore per altro dee riconoscere, che si presentano ancora dell'eccezioni, in cui si fa d'uopo concedere la prova della verità: quando cioè l'autore della pubblica diffusione vi avesse un interesse giuridico-

(1) del 20 Luglio 1824, art. 5.

(2) del 1825.

(3) del 13 giugno 1832.

(4) del 25 ottobre 1831.

(5) V. Kattenacker l. c. p. 34.

co, o 1) come uomo privato, o 2) come cittadino dello Stato. Ha luogo il primo caso, quando taluno sta in giudizio contro l'avversario, e mediante la dimostrazione di azioni illecite altrui tira dietro al proprio interesse in un atto processuale, dimostrando esempigrazia, che l'altro ha commesso un delitto, od una immoralità, che lo esclude dal diritto di prestar giuramento, o di far testimonianza; o quando si tratta di concludere un affare, come sarebbe un contratto di società, e taluno dimostra, che una certa incumbenza, esempigrazia quella di gerente, o di cassiere, non può affidarsi all'individuo proposto. Si verifica il secondo caso, quando taluno denunzia alla pubblica autorità i delitti commessi da un altro; o quando nella elezione d' un deputato, d' un borgomastro, o d' un consigliere comunale, taluno dimostra, adducendo dei fatti, che un candidato è indegno del posto. Basta per ciò la semplice qualità di cittadino: e se un cittadino notifica anche pubblicamente le azioni altrui, il suo fatto è lecito, perchè il pubblico ha interesse, che un indegno non sia rivestito di quelle funzioni. Un simile interesse civile si può presentare anche rispetto agli atti ufficiali degli impiegati dello Stato. È agevole per altro ad intendersi, che questo interesse non procede tant'oltre (1), da persuadere la diffusione, per via di stampa, anche di semplici azioni della vita privata, la cui notificazione non sia per esercitare alcuna influenza nelle elezioni, o nella vita pubblica.

### §. V.

#### *Diffusione di fatti veri considerata come ingiuria punibile.*

Sebbene abbiamo cercato finora di dimostrare, che la prova della verità dei fatti rimproverati debba liberar dalla pena; è certo per altro, che si presentano dei casi, nei quali, tuttochè sparisca, in virtù della detta prova, l'essenza di fatto della calunnia, perchè non è calunniatore chi rimprovera un fatto vero, può rimanere bensì l'azione punibile co-

me ingiuria. Sembra perciò, che, dietro le tracce di Feuerbach (2), si potrebbe stabilire nel codice, che il querelato è punibile, non ostante la verità dei fatti, allorchando l'ingiuria è stata commessa in una forma, che esprime dispregio ed avviltimento. Ma una simil disposizione si potrebbe difficilmente commendare (3); perchè l'incertezza dell'espressione suole indurre in errore i giudici. Or si ricerchi (4), se, dietro la volontà del legislatore, debba aver luogo la pena, perchè il relatore del fatto vero si servi di espressioni risentite e veementi, biasimando esempigrazia l'azione altrui, come abietta e turpe; o perchè in quelle date circostanze la manifestazione riuscì dolorosa a chi ne rimase colpito, avvegnachè il rimprovero fosse fatto in presenza di molti, o di tali persone, la cui stima gli stava specialmente a cuore; o perchè l'autore della manifestazione medesima eccede nel suo giudizio, dicendo esempigrazia di A, che davanti a lui non v'è sicurezza di proprietà, ed adducendo, che egli ha già commesso dei furti. Se il legislatore volesse far dipendere la pena dalla sola veemenza dell'espressioni, correrebbe pericolo di colpire ancora gl'innocenti. La maniera di parlare degli uomini si connette con la loro individualità. Mentre taluno chiama divino tutto ciò che gli piace, e diabolico tutto quello che gli dispiace; un altro individuo tranquillo e freddo chiama buono o bello ciò che incontra la sua approvazione, e dice, che non saprebbe lodare ciò che gli sembra biasimevole. Solamente per causa del suo diverso modo di favellare dovrà il parlatore vivace andar soggetto alla pena? All'uomo d' indole gagliarda ed aperta, che vegga od ascolti qualche cosa cattiva, la prepotenza del sentimento morale trae di bocca una forte espressione. — Il giudizio delle azioni altrui debb'esser lecito: e sarebbe malagevole il pesare le espressioni del giudizio sulle bilancie dell'oratio; ingiusto il punire chiunque si esprime più fortemente delle persone tranquille. Neppure dalla sconvevolezza del luogo, o del tempo in cui la manifestazione vien fatta, si dovrebbe dedurre un motivo d'imporre la pena. Chiunque per esempio rimprovera altrui una dimostrabile azione turpe in una osteria, potrà meritare la taccia d'inde-

(1) Abegg, negli annali di Demme t. IV. p. 270, dubita, se gl'interessi qui presupposti obblighino sempre a ricorrere al mezzo della stampa. L'osservazione è giusta; ma, quando un tale interesse lecito è dimostrabile, il legislatore dee scusare colui, che ancora eccede nel procurarsene la soddisfazione. Qui pure il giudice sarà guidato dalle circostanze del caso particolare.

(2) Elem. di dir. pen. §. 289.

(3) V. Zorn Bach l. c. p. 304.

(4) Kettenacker l. c. p. 48. ammette la massima, che la pena ha luogo, quando l'ingiuria sta nella forma.

licato, ma si possono facilmente immaginare dei casi, in cui una pena non sarebbe dovuta: come se taluno, irritato dal contegno d'un altro, esempigrazia dalle sue millanterie, o male creanze, giugue al punto di gettargli in faccia quello, che sa di lui.

Il legislatore procederà con tutta giustizia, se partirà dal riconoscere il diritto dei cittadini a manifestare la verità, ancorchè riesca dolorosa ad alcuno: ma non proteggerà la passione, che cerchi sfogo, ammantandosi dell'amore del vero; non concederà a' cittadini il diritto di esercitar le funzioni del tribunal criminale sopra i loro concittadini, sebbene colpevoli; e non permetterà giammai di trattare chi è caduto in un fallo, come un uomo, che non sia più capace d'onore, e che più non debba pretendere alla tutela legale. Niuno dubita, che non meriti pena chiunque applicò solenni bastonate al seduttore d'una donzella, ancorchè adduca di poter provare la cattiva azione del percosso. A parità di ragione non andrà impunito colui, che tratta con espressione di spregio un individuo, ancorchè questi abbia commesso un'azione vergognosa. Quindi la legge dichiarerà a buona ragione (1), che il racconto di un vero vada impunito, ognorachè non sia esposto in un modo che contenga un'ingiuria in se stesso. Il che accade 1) quando taluno carica d'oltraggi un altro, ed a questi aggiunge il rimprovero d'un'azione, che intende, di provare; o 2) quando taluno unisce al rimprovero dell'azione un'ingiuria simbolica, o reale: esempigrazia ricoprendo un individuo di fango, e dichiarando, che non merita di meglio chi potè commettere tale, o tal altro fatto; o 3) quando uno, senza averne l'occasione, sceglie a bella posta le circostanze, per avvilire pubblicamente un altro, mediante il rimprovero di fatti, che contengono azioni punibili, od immorali, che il primo è in grado di provare: come se un indiscreto narrasse al pubblico in un teatro, o in una chiesa, che una dama fa entrare nella sua camera tutte le notti l'amante; o 4) quando uno esprime chiaramente il proprio dispregio all'altro, dichiarandogli, che un galantuomo dovrebbe arrossire di sedergli accanto, perchè abbandonò una fanciulla, che aveva reso seconda. In simili casi il querelato, che provi i fatti, potrà andar libero dalla pena della calunnia, ma non dalla pena dell'ingiuria.

(1) Così fa il codice di Sassonia art. 196.

Nol concediamo, che nel giudizio di questi casi il giudice debba far uso di somma prudenza, non decretando troppo facilmente la pena dell'ingiuria solamente per via della forma sconvolvemente scelta, ma piuttosto ognorachè dal complesso delle circostanze risulti l'intenzione di trattar con dispregio.

Sovente può riuscir malagevole il decidere, se incorra in una pena chi rimprovera il sofferto castigo, ed il commesso delitto, ad un individuo, che è stato giuridicamente punito (2). Il caso si può presentare accompagnato da circostanze estremamente diverse. A, contro di cui debb'esser prodotto, come testimone, B in un giudizio chi rimprovera, che fu condannato per falsità alla casa di disciplina. C dichiara di non voler conceder la mano della propria figlia a D, perchè è stato nella casa di lavoro. E, senza averne l'occasione, rimprovera in una locanda ad F, che è stato nella casa di disciplina, e non appartiene al numero delle persone d'onore. Il semplice rimprovero di un fatto vero non può ripularsi calunnia, nè la legge dee punire il cittadino, che non fa altro che dire la verità: ma tostochè il rimprovero è diretto unicamente ad esprimere dispregio al punito, e questa intenzione traluce da tutte le circostanze, una punizione può esser giusta; perchè lo Stato dee proteggere l'individuo, che espone la sua pena, da quei rimproveri, che gli torrebbero la possibilità d'una sussistenza onorata nella vita civile, e gli impedirebbero di sviluppare il proprio miglioramento.

## §. VI.

*Influenza della buona fede, con la quale taluno reputa vera una manifestazione.*  
— *Diffusione di voci pregiudicevoli.*

Talora non si può dimostrare a carico del querelato, che egli deponesse fatti scientemente falsi, nè il querelato medesimo è in grado di provare ciò che rimproverò. Per questo caso è importante il cercare, se l'autore della manifestazione debba soggiacere alla pena della calunnia, ed esser quindi equiparato a colui, che divulga fatti, che feri-

(2) Il codice penale d'Oldemburg all'art. 33. minaccia quest'azione di carcere, da otto fino a quindici giorni, ed alla stessa pena sotto-mente colui, che in parole, od in atti, mostra dispregio, per motivo del delitto, al punito, od a' suoi congiunti.

scono l'onore altrui, mentre ha coscienza della loro falsità. Non è difficile notare, che, quando manca la coscienza della falsità, non può affermarsi che l'esistenza di una *culpa*; onde la questione si restringe ad investigare, fino a qual punto il legislatore voglia minacciare ancora in questo caso una pena. La commissione della seconda camera di Württemberg propose (1), che quegli, che udì narrare dei fatti pregiudicevoli altrui, della verità dei quali avrebbe dovuto dubitare con qualche riflessione, e non ostante li diffuse più largamente, dee soggiacere ad una pena, minore per altro di quella dovuta al calunniatore, e che tutto dovrebbe dipendere dal vedere, se egli ebbe ragioni di tenere il fatto per vero. Nella discussione della Camera si elevò una forte contradizione, Waechter s'ingegnò principalmente di dimostrare, che con tale addizione venivano soverchiamente favorite le ciarle, e propose, che quando uno non possa provare la verità della sua deposizione, nè la fonte da cui ricevè la notizia, si decretasse la metà della pena della calunnia: e la pluralità della Camera adottò la proposizione. La Camera dei Pari ricusò di accettare quest'articolo: ma la seconda Camera perseverò nella sua risoluzione. — Il codice penale di Sassonia (2) preferì un'altra via. A tenore di esso chi divulga una voce pregiudicevole all'onore altrui, senza conoscerne la falsità, è punito con la carcere fino a tre settimane, o con la pena pecuniaria: e la comunicazione di una tal voce a persone, che vi abbiano un interesse, è dichiarata immune da pena. — Il progetto pel Granducato di Baden (3) equipara chi depone con la coscienza del falso a colui che divulga imputazioni calunniose, senza aver sufficiente motivo di tenerle per vere. Questa proposizione è stata censurata, perchè parifica l'azione colposa (4) alla calunnia dolosa. Ragion vuole, che si distinguano diversi casi: I. il caso, in cui taluno riferisca, come una voce, dei fatti pregiudicevoli altrui, indicando solamente, che si narrano in paese; II. il caso, in cui taluno riporti come certo un fatto pregiudicevole altrui, quasi prestandone testimonianza. Il primo caso si può presentare diversamente; perchè il narratore o 1) adduce il fatto della voce divulgata, la

quale per esempio dà la taccia di ladro ad un dato individuo, o 2) ripete la voce, aggiungendo, che la reputa vera. E può accadere, che queste voci si raccontino a) in un circolo domestico di confidenza, od a persone, che avessero interesse a sapere ciò che si andava dicendo di un terzo, come se taluno riferisse la voce sinistra ad un amico, il quale pensava di affidare un affare importante all'uomo, di cui la medesima parlava; o b) la comunicazione della voce può avvenire in tali circostanze, nelle quali sia noto al narratore, che il fatto è oramai generalmente divulgato. Nel secondo poi dei casi surriferiti la diffusione del fatto pregiudicevole può aver luogo in maniera, che a) il divulgatore; senza investigazione ulteriore del vero, narri, qual cosa certa, quanto sentì dire dell'altro, come quando taluno dà per sicura qualche novella, che attinse in una locanda dalla bocca di persone forestiere; o b) che taluno esponga, come vera, una cosa, appoggiandosi alla testimonianza d'un uomo rispettabile, che gliene fece parte; o c) che taluno spacci per certo un fatto, che udì raccontare da persona, da lui conosciuta per mendace, o leggiera. Dove si prendano ad esaminare attentamente gli esposti casi, si potrà primieramente stabilire il principio, che vada immune da pena chi si limita a raccontare semplicemente una voce, e può provare, che la medesima esiste; perchè non fece che ripetere ciò che si andava dicendo pel paese, senza attribuire un'azione pregiudicevole, nè mostrar disprezzo ad alcuno. La stessa regola si vuole applicare, quando il narratore può citar la persona, da cui ha ricevuto il ragguaglio. Anche in questo caso egli non appone altrui alcun atto pregiudicevole, e, citando l'autore della notizia, mette gli altri nel grado di esaminar da sè stessi, se debbano crederla, o no. Ma se taluno all'incontro narra come vero, e non come semplice voce, un fatto, che pregiudica all'onore altrui, non può francarsi dalla pena della calunnia, scusandosi con la pubblica fama, o col dire di averlo udito narrare; perocchè egli prende allora la veste d'incolpatore, ed apparisce punibile, fintantochè non riesca a provare la verità della sua asserzione. Se per altro egli non ebbe la coscienza del falso, ma anzi dei motivi di tenere per vera l'inculpazione, il giudice dovrebbe essere autorizzato ad applicargli una pena minore (5).

(1) Relazione della Commissione p. 348.

(2) Art. 193.

(3) Art. 246.

(4) Kettenacker l. c. p. 30.

(5) Sembra quindi, che debba esser modi-

La quistion principale è quella, con cui si ricerca, se la legge debba comminare una pena anche quando taluno diffuse per leggerezza una voce, senza riconoscerne la falsità, o divulgò senza intenzione di calunniare, un fatto pregiudicevole ad altri, senza avere sufficienti ragioni di tenerlo per vero. È chiaro, che, non esistendo una legge speciale, che contenga una tale minaccia, il giudice non è autorizzato in simili casi a decretare una pena; perchè in essi non si presenta, che un'ingloria colposa, la quale per diritto comune non è punibile. Se si considera, che per cagione di quegli uomini leggieri, che divulgano ogni voce, può esser prodotto molto dan-

ficato il disteso dell'art. 146 del progetto di Baden.

no, e che lo Stato ha diritto di esigere da chiunque, che esamini bene i fatti, prima di raccontarli; può sembrare opportuno il fermare una disposizione penale di questa natura: ma se d'altra parte si osserva, che in generale le pene non debbono facilmente colpire le semplici azioni colpose; che in virtù di sì fatta minaccia il legislatore correrebbe pericolo di punire il solo difetto d'intendimento; e che è sempre malagevole il giudicare, se il narratore potesse, o no, riputar verisimile la voce divulgata; apparisce più conforme alla prudenza legislativa la sentenza contraria. È in fatti evidente, che il giudice dovrebbe penetrare nell'animo di colui, che diffuse la voce, e rilevare, se per quel dato individuo potè la medesima apparir verisimile, o affatto priva di fondamento.

## IV.

### DELLA PROVA INDIZIARIA NELLE CAUSE CRIMINALI

DISSERTAZIONE DI KLEINSCHROD

ESTRATTA DAL TOMO VII, FASCIC. 1, E 2 DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE (a).

#### §. 1.

L'idea degl'indizj è non poco diversa, secondochè si desume dalla natura della cosa, o dalla positiva legislazione. A tenore della natura della cosa l'indizio è una circostanza di fatto ancora incerta in una tal connessione, che dall'esistenza della prima può dedursi l'esistenza della seconda (1). Ogn'indizio è una circostanza, la cui esistenza è indubitata. Finchè in fatti l'indizio non è dimostrato, non si può inferire la conclusione dell'incerto dal certo. L'indizio incerto, o meramente verisimile, non somministra alcuna ferma base alla conclusione, la quale riposerebbe sulla semplice probabilità, e così produrrebbe un effetto di poco momento. Qui la parola circostanza si prende in senso lato, e sotto di essa s'intendono non tanto gli avvenimenti fisici, quanto ancora gl'impulsi morali di un'azione. Quando si arguisce un fatto da una passione dell'incolpato, per esempio dalla sua inimicizia verso l'offeso, l'indizio riposa su di una circostanza morale, vale a dire, su di un impulso morale all'azione. Ma perchè la circostanza formi un indizio, bisogna che stia in connessione col fatto, che se ne vuole inferire. E questa connessione debb'esser fondata nella natura delle cose, secondo la quale certe determinate circostanze vanno per consueto congiunte col fatto, e non appariscono senza di esso (o ne sieno la causa, o l'ef-

fetto, o la condizione, o la sequela), per modo che dalla circostanza si può concludere il fatto (2). Una tal connessione è la presupposizione necessaria della illazione; onde l'indizio non è escogitabile dovunque manchi sì fatta connessione. Per lo che non si può ammettere, che la legge dichiari come indizio una qualche cosa, ognorachè non esista la detta connessione; perchè la legge non può far violenza alla ragione, nè costringerla a formare illazioni dove non si possono ritrovare. Non è per altro necessario, che l'indizio consista in una circostanza secondaria del fatto, che ne vogliamo dedurre; perchè può consistere ancora in una circostanza primaria. Se si scopre esempigrazia un cadavere, che abbia delle ferite, ne inferiamo, che quell'uomo sia stato ucciso: formiamo dunque di quel scoprimento un indizio, non ostante che le ferite sul cadavere non sieno circostanze secondarie, ma primarie dell'azione principale. Nè gl'indizj sono le illazioni medesime, ma bensì le circostanze, onde le illazioni si traggono. Si confonde manifestamente la causa con l'effetto, quando si dà agl'indizj il nome di argomenti. L'occultazione della gravidanza e del parto è un indizio dell'infanticidio; la compra e la preparazione del veleno è un indizio del veneficio. Ma quella occultazione e questa compra non sono veramente argomenti, ma circostanze che danno luogo ad arguire. Lo stesso si dica di tutti i fatti, che si sogliono annoverare fra gl'indizj.

#### §. 2.

Assai diversa è l'idea degl'indizj, ove si voglia determinare a tenore della le-

(a) Presso di noi gl'indizj servono al scoprimento del vero, senza avere un carattere di prova. Vedi nelle leggi di procedura penale, come vien istruita la processura.

(1) Una critica delle varie nozioni degl'indizj è stata somministrata da Wolter *Semiologia criminalis capita quaedam*, Halae 1790, cap. 2.

(2) Mittermaler Teorica della prova nel processo criminale p. 382 e seg.

gislazione positiva. È noto, che la costituzione Carolina, con la quale in questo rispetto concordano diverse legislazioni moderne, conta fra gl'indizj qualunque prova incompiuta: esempigrazia la deposizione di un testimone fededegno, la confessione stragiudiciale, l'inculpazion dell'offeso, confermata dalla morte o dal giuramento, e simili. Questi, ed altri fatti congeneri, non sono indizj secondo la natura della cosa: non si deduce da quelli alcuna illazione: essi producono a dirittura la verisimiglianza di ciò, che per noi non è ancora dimostrato, e che ci vien dato come certo. Al contrario l'indizio propriamente detto vuolsi dimostrare anzi tutto per mezzo di valide prove, affinché se ne possa formare una conclusione. Secondo il diritto positivo è dunque un indizio ogni prova incompiuta, ogni circostanza, che ci fornisce la verisimiglianza di ciò che cerchiamo, o consista in un'azione, o in un punto, o in una qualità (1).

### §. 3.

Gl'indizj si dividono in varie classi. 1. Altri sono generali, altri speciali. I generali si desumono per lo più dal carattere dell'inculpato, in quanto sia permesso inferirne, che egli abbia potuto commettere il fatto. A questi appartiene una malvagia condotta tenuta finora; la pratica sospetta con persone riconosciute per delinquenti; l'oziosità e la vagabondità, se vadano congiunte a un dispendio, che non si possa spiegare con giusti modi di acquisto; la mala educazione; l'esercizio di un mestiere illecito in sè, che lasci inferire l'azione (come quando veugono incolpati di una frode giocatori di vantaggio); la rea abitudine di una data specie d'illecite azioni; la debolezza del sesso, e simili. Gl'indizj speciali si desumono dalle circostanze di quel dato fatto, che si ricerca. A) Questi possono consistere in azioni proprie dell'inculpato, cioè a) in quelle, che vanno per consueto congiunte con la commissione del fatto, di cui si tratta: esempigrazia la provvista e l'apparecchio degli stromenti del fatto; le disposizioni dell'azione (come l'occultazione della gravidanza e del parto negl'infanticidj);

gl'impulsi particolari a quella data azione (come l'inimicizia con l'ucciso, l'avideità di guadagno); le minacce di eseguire quel dato fatto; la sospetta presenza dell'inculpato nel luogo del fatto, o egli vi sia stato realmente sorpreso, o la medesima si deduca dalle orme di lui sulla neve, o sulla terra molle; il ritrovare sul luogo del commesso delitto una cosa, di cui è riconosciuto ultimo possessore l'inculpato; il possesso delle cose rubate, o delle cose dell'ucciso, senza che se ne possa addurre un titolo giuridico; il nascondimento delle cose, acquistate col delitto, o delle persone, che son di questo incolpate. b) Vi son pure degl'indizj, che si desumono dalle azioni dell'inculpato nel tempo della procedura criminale: fra i quali vogliansi compattare la fuga sospetta; la sospetta latitanza; il travestimento; la qualità negativa di ogni risposta data al tribunale; le contraddizioni o le menzogne nelle deposizioni; gli scoloramenti, i tremulti, i balbettamenti nell'interrogatorio; il divulgamento di falsi ragguagli rispetto al delitto; la falsa incolpazione di terzi; l'insania, o la sordità simulata; le premure dirette ad opporre impedimenti al processo, mediante la corruzione del denunziatore, o dei testimoni; la distruzione delle tracce del delitto; la sospetta disculpazione dei complici; la ritrattazione gratuita di una confessione già fatta. B) Gl'indizj speciali possono ancora consistere in azioni di terze persone: ai quali appartengono la incolpazione dell'offeso, e la denuncia dei complici, fatta dal delinquente confesso.

### §. 4.

Quando si vuole esaminare il valore di queste due classi d'indizj, bisogna partir dalla massima, che quanto è più stretta la connessione di una data circostanza con un dato fatto, tanto si può con maggior fondamento e sicurezza inferire questo fatto, o l'autore di esso, da quella circostanza. Si fatta connessione è la ragione principale, per cui una data circostanza forma un indizio: sarà dunque tanto più efficace, quanto è più stretta e più intima. Di qui proviene, che gl'indizj generali sono più deboli degli speciali; perocchè i primi non sono congiunti a dirittura col fatto, del quale si tratta: ma o sono connessi col delitto in genere, o con una intera specie di malefici, e non con quella data azione. Una cattiva condotta, od una mala educazione, lasciano congetturare azioni illecite di ogni

(1) V. Mittermaier l. c. p. 402 e seg. Che l'indizio e la presunzione equivalgono, è stato affermato da Feuerlein, Saggio di una nuova teoria delle presunzioni §. 25. nell'archivio di Göttinger per la legislazione tomo IV. fasc. 1. num. 1.

specie. Alcuni indizj generali non si connettono per vero dire con tutti i delitti, ma con una tutta classe di essi: come per esempio la rea abitudine di una data maniera di azioni, la pratica sospetta con delinquenti di una data indole. Questi indizj avvicinano per verità un poco più al sospetto del fatto, del quale si cerca, ma sono per altro sempre remoti. Fra gl'indizj speciali sono i più deboli quelli, che dipendono dalle azioni altrui. Può accadere all'uomo più innocente, che un malfattore lo dichiari suo complice, od un offeso lo denunzi come autore del fatto illecito. Simili incolpazioni non hanno gran connessione col fatto. Più forti sono quegli indizj speciali, che consistono in azioni proprie dell'incolpato. Ed i più importanti fra questi sono quelle circostanze, che ebbero luogo nel tempo, in cui fu commesso il delitto (esempigrazia la sospetta presenza dell'incolpato sul luogo del fatto, nel momento, in cui il fatto medesimo avvenne (1)); perocchè simili circostanze si connettono assai da presso col delitto, e si può dalle medesime il più delle volte raccogliere, che l'incolpato sia il delinquente. Un poco più deboli sono gl'indizj, che si desumono da quelle circostanze od azioni, le quali precedono la commissione del fatto, o delle quali il fatto principale dee riguardarsi come sequela. La conclusione, che se ne può inferire, è un poco più remota, ed è conseguentemente più debole. Ancorchè sia provato, che taluno ha fatto degli apparecchi per l'azione delittuosa, o che l'ha minacciata; non ne seguita con certezza, nè con stringente probabilità, che l'abbia ancora eseguita. Questa esecuzione non ha, rispetto a lui, che qualche colore di verisimiglianza. Sono ancora più deboli quelle circostanze, che hanno luogo solamente dopo il fatto, o presuppongono la commissione di esso (2). Queste si possono di frequente spiegare con altri motivi: e perciò sarebbe cosa piena di pericoli il volerle interpretare contro l'incolpato, ed il volerne desumere, che egli sia l'autore dell'illecita azione. La sua fuga esempigrazia può essere avvenuta per cause indifferenti, o per evitar le molestie d'una criminal procedura, che gli sovrastava, sebbene ei fosse innocente: le sue contraddizioni davanti al tribunale possono derivare da imperfetta memoria, o da

smarrimento: il suo scolorare, il suo tremare, il suo balbettare in giudizio può nascere dall' insolito sguardo del magistrato, da timidità, da apprensione di un doloroso avvenire, che si suole così facilmente aspettare da un criminale processo. A ragione dunque il codice penale di Baviera (parte II. art. 339 e seg.) ha distinto gl'indizj in antecedenti, concomitanti, e susseguenti, comechè sieno diversi di valore e di effetto (3).

### §. 5.

Gl'indizj speciali si possono ancora partire in immediati, e in mediati, secondo che consistono in una sola illazione, od in più illazioni riunite, per fondare il fatto, che si ricerca. Se vien trovato taluno sul luogo del fatto, nel momento medesimo, nel quale il fatto avveniva, se ne trae una sola conclusione: costui è stato sorpreso nella detta guisa; dunque ha commesso il fatto, o vi ha cooperato. Ma se nel luogo suddiviso si scoprono le orme, che convergono all'incolpato, od ivi si trova una cosa, che gli appartiene; se ne inferisce da prima, che egli fosse presente in quel luogo nel detto tempo; e poscia, che abbia commesso il fatto. Che gl'indizj immediati sieno più forti dei mediati, è proposizione, che non abbisogna di prova. Ne' primi in fatti è nel secondum al contrario bisogna primieramente stabilire con illazioni quel punto, e quindi formare illazioni ulteriori a riguardo del fatto principale. E siccome le illazioni illusorie non sono impossibili, così vi sarà certamente tanto meno da dubitare, quanto saranno di minor numero le illazioni, che dovremo fare per giugnere al punto ricercato.

### §. 6.

Considerando il punto, a cui le illazioni si riferiscono, gl'indizj si dividono in quelli del fatto, ed in quelli dell'autore di esso. Quando si discopre un cadavere con ferite, od una moneta falsata, siamo condotti a conchiudere, che sia stato commesso un omicidio, od una falsità di moneta, senza che ci si presentino le vestigie del facitore. Ma se taluno è stato in guisa sospetta sorpreso nel luogo del

(1) Von Globig Saggi di una teoria della verisimiglianza, parte I. p. 73.

(2) Di diversa opinione è von Globig l. c. p. 74.

(3) Una simile partizione degl'indizj si trova in Mittermaier l. c. p. 409 e seg. Si veda ancora von Globig l. c. p. 83 e seg.

delitto, o viene incolpato, come delinquente, da altri, ci si presenta il modo di inferire l'autore. I secondi, valutati praticamente, sono più efficaci, perchè forniscono i materiali per procedere contro una determinata persona: il che non fanno i primi. Ma se taluno è già inquisito, come sospetto, allora divengono di maggiore importanza i primi, come quelli che si connettono più strettamente col fatto.

Ove si prendano ad esaminare gl'indizj nel loro lateruo tenore, si partono in prossimi ed in remoti, secondo che contengono un grado maggiore o minore di verisimiglianza. Questa partizione è manifestamente fondata nella natura della cosa, ma è stata malamente intesa, quando certi indizj si sono sempre voluti annoverare fra i prossimi, o fra i remoti. Una tal pretensione è palesemente ingiusta; poichè ogn'indizio può esser prossimo, o remoto, secondo le circostanze e secondo che sia sostenuto, o no, da altre ragioni.

La distinzione degl'indizj in comuni, che sono escogitabili in tutti i delitti, ed in proprij, che possono solamente aver luogo in una data specie di malefici, non ha pratico valore di sorta; avvegnacchè i secondi altro non sieno che casi e modificazioni speciali degl'indizj comuni, come già fu notato da Feuerbach (1).

### §. 7.

Volendo esaminare il valor degl'indizj, fa d'uopo aver riguardo I) alla qualità della circostanza, che forma l'indizio; II) alla connessione dell'indizio col fatto principale, che si ricerca; III) alla qualità della conclusione, che s'inferisce dall'indizio; IV) alla congiunzione degl'indizj fra loro.

I. La circostanza, che forma l'indizio od è fisica e sensibile, o morale (prendendo l'attributo morale in senso contrapposto all'attributo fisico). Che una circostanza sensibile costituisca un indizio più forte di una circostanza morale, è stato già osservato da altri (2). La prima in fatti si può dimostrare incomparabilmente meglio della seconda, e la natura fisica riposa su basi di gran lunga più ferme, che l'ordine morale delle cose. E non occorre ulteriormente provare, che una circostanza debb'essere compiutamente dimostrata, affinchè costituisca

un indizio. Or se noi prendiamo, come indizio, il motivo dell'inimicizia, non sarà esso difficilissimo a dimostrarsi? Una inimicizia non si può altrimenti stabilire, che mediante le manifestazioni delle persone, e la loro vicendevole condotta. Ma rispetto a tali manifestazioni è sempre incerto, se furono fatte con riflessione, o per transitoria effervescenza, o se provennero da seria intenzione. Di più la cosa dipende dal determinare, se l'inimicizia era grave o lieve, se durevole o passeggera: il che, nella mutabilità dei sentimenti e delle relazioni degli uomini, è cosa di gran momento. Se dunque si volesse sicuramente concludere, che l'incolpato ha ucciso per inimicizia un uomo, bisognerebbe stabilire, che quegli con le sue manifestazioni ed azioni ha dato a conoscere un odio perseverante e grave contro l'ucciso, e che si fatta passione è continuata anche nell'ultimo tempo, che ha preceduto l'omicidio.

La circostanza, onde si desume l'indizio, può esser semplice, e composta. Se s'incontra in guisa sospetta un uomo sul luogo, in cui fu commesso un delitto, la circostanza è semplice. Ma se nel luogo dell'avvenuto omicidio è trovato quell'uomo, non solamente in guisa sospetta, ma ancora con armi e vesti sanguinose; se egli ha tolto delle cose all'ucciso; la circostanza è composta. Come questa sia di gran lunga più importante di quella, è chiaro di per sè, avvegnacchè somministra il modo d'inferire una conclusione assai più forte ed efficace.

Finalmente la circostanza, che fornisce l'indizio, può esser mediata od immediata; può consistere in un'azione propria dell'incolpato, od in azioni di terzi. A questo riguardo si è già notato di sopra, che una circostanza immediata, o che consista in un'azione propria dell'incolpato, è più importante d'una circostanza mediata, o che consista in azioni di terze persone.

### §. 8.

II. Il punto capitale, onde qui tutto dipende, è la connessione della circostanza, o dell'indizio, col fatto principale, che si ricerca. Questa connessione dee trovar la sua base nella natura della cosa, ed esser giustificata dall'analogia e dall'aspettazione di casi simili per modo, che da una tal circostanza si possa inferire l'azione principale, perchè l'una si concatena con l'altra, come causa, od effetto, o mezzo, o contrassegno. Di più la circostanza non deve ammet-

(1) Elem. di com. dir. crim. germ. §. 537 in nota.

(2) Von Globig. l. c. p. 61, 62.

tere un'altra buona spiegazione, affinché dalla sua esistenza si possa desumere, che è stata commessa una data azione. Quanto è dunque più stretto il legame della circostanza con l'azione, tanto è più efficace l'indizio. Si fatta connessione della circostanza con l'azione può esser necessaria, consueta, o meramente casuale. Nel primo caso nascerà una conclusione necessaria, capace di produrre il pieno convincimento. Postochè si trovi un uomo ucciso, che abbia sulla persona delle ferite, che non potè assolutamente farsi da sè, vuolsi necessariamente ammettere, che fu messo a morte da un altro. Se il collegamento è semplicemente consueto, ne nascerà una verisimiglianza maggiore o minore, secondo che il medesimo è più o meno solito. Una connessione meramente casuale non può di per sè produrre che una remota verisimiglianza. Per queste ragioni è stato già notato di sopra, che gli indizj generali sono meno efficaci degli speciali, perchè i primi stanno in una lontana connessione col fatto, che si vuol scoprire, e perchè, ammettendo spiegazioni ed illazioni diverse, rendono incerta e vacillante la conclusione dell'atto principale. Perciò gl'indizj generali, anzichè per sè stanti, vogliono considerarsi come confermativi degli speciali. Per gli stessi motivi le circostanze contemporanee del fatto sono più forti delle precedenti e delle susseguenti; perchè nelle prime la connessione con l'atto principale è incomparabilmente più intima, che nelle altre.

### §. 9.

III. E questa connessione dell'indizio col fatto principale c'instruisce appunto della qualità della conclusione, che se ne può formare. Quanto la connessione è più intima, tanto è più stringente e più forte la illazione, che ne nasce. La quale inoltre è di molto maggiore importanza quando si lega immediatamente col fatto principale, che quando lo riguarda in una guisa meramente mediata. Se nel luogo del commesso delitto ritroviamo una cosa, di cui conosciamo il padrone, siamo obbligati a formare diverse illazioni prima di giugnere al fatto principale. Siamo in fatti obbligati a ragionare così: questa cosa appartiene a quell'uomo, e secondo tutte le apparenze fu perduta nel tempo dell'azione; quell'uomo dunque si trovò allora presente in quel luogo; egli dunque ha commesso il fatto, o vi ha con-

perato. Da questa circostanza non ricaviamo che un' illazione mediata. Ma se sorprendiamo taluno in guisa sospetta sul luogo del fatto nel tempo che questo è commesso; la presenza di quell'individuo è certa, e non abbiamo bisogno di stabilirla con una illazione. Allora possiamo a dirittura inferire la commissione del fatto. Inoltre tutto dipende dal determinare, se la conclusione, che s'inferisce dall'indizio conduce solamente all'azione principale che si dee dimostrare, o se può adattarsi ancora ad altri fatti. Quanto sono più numerose le illazioni, che sorgono da un indizio, quanto più convengono così bene all'azione principale, come ad altri fatti, tanto è minore l'efficacia di esso: la quale al contrario è tanto maggiore, se l'indizio non è suscettivo di altra illazione, che di quella che si connette con l'azione principale. Perciò la fuga esempligrizia è un debole indizio; perchè la conclusion, che ne nasce, è spesso applicabile tanto ad altre circostanze, quanto al fatto, che si vuol scoprire.

IV. Finalmente la congiunzione degli indizj fra loro è un punto capitale nella estimazione del loro valore. Un indizio solo non è di grande importanza: si richiedono più indizj per attribuire a questa specie di prova una rilevante efficacia. Allora bensì fa d'uopo considerare, se sieno concatenati fra loro, o se ciascheduno rimanga isolato dagli altri. È evidente di per sè, che nel primo caso possiedono maggior forza, che nel secondo; perocchè la loro concatenazione aumenta l'efficacia d'ogni indizio, e li dispone tutti in un armonico insieme. In questo rispetto von Globig (1) ha ragionevolmente partito gl'indizj in semplici ed armonici, e stabilito utili regole per la loro estimazione. Ma appunto perchè gl'indizj acquistano una forza singolare dalla loro armonia, essi viceversa rimangono più o meno indeboliti, quando si trovano scambievolmente in contrasto. Gl'indizj contrastanti si elidono affatto, quando sono di forza e di numero eguale; e si allieviscono, quando il loro numero e la loro forza è differente: nel qual proposito sono state già stabilite regole determinate da altri (2).

### §. 10.

I quattro punti capitali, dichiarati di

(1) l. c. parte I. pag. 65 e seg.

(2) Von Globig. l. c. p. 77 e seg. — Mittermaier l. c. p. 427 e seg. — J. H. Buchner da collisione prolationum, Halle 1738.

sopra, ci conducono ad assegnare i mezzi, per discoprire gl'indizj, o seguirarli più oltre. Figuriamoci il caso, che il giudice venga a risapere dalla pubblica fama un fatto punibile, e non abbia ancora tracce determinate nè dell'azione, nè dell'agente: come dovrà regolarsi per acquistar degl'indizj? Il meglio sarà, che egli cerchi primieramente di scoprire il fatto, e poscia il facitore. Rispetto al fatto, la prima cura del giudice consisterà nell'indagare ed esaminare la natura e la qualità dell'azione in generale, e le circostanze, che sogliono comparire con essa, come cause, effetti, mezzi, o contrassegni. Quindi il giudice procede più oltre, e mediante le prove ordinarie cerca di scoprire quelle circostanze, che possono servire d'indizj. Ciò si fa interamente nella medesima guisa, che si pratica generalmente nelle inquisizioni. Esempigrazia il giudice intende dalla pubblica voce, che in una casa è stato commesso un furto, senza che se ne assegnino più precise circostanze. Allora il giudice interrogherà prima di tutto gli abitatori di quella casa, per sapere, se la voce sia vera. Pognamo che si, dirigerà a quegli abitatori tali domande, che li conducano ad accennare le circostanze, che sogliono presentarsi come indizj del furto, e, se l'indole del fatto lo ammette, intraprenderà sul luogo del delitto l'ispezione oculare, per assicurare le tracce, che vi sono rimaste. — Se si tratta di scoprire un omicidio, in primo luogo si dovrà ricercare, se ancor viva l'uomo, che vien dato come ucciso: e se egli è veramente morto, il giudice passa ad indagare la specie della sua morte, interrogando il medico, che lo curò, e le persone, che lo assistarono nella sua ultima malattia, o che usarono intrinsecamente con lui. Se si scoprono tracce di morte violenta, si dev'essere incontante all'autopsia ed alla necroscopia, per convincersi meglio della causa, che estinse la vita. — Nel caso d'un infanticidio, il giudice deve istituire le ricerche seguenti: se in quella contrada si è trovata incinta una donna nubile: se la sua gravidanza perdura ancora: e, quando si mostri, che la detta donna si è sgravata, in qual tempo può essere accaduto il suo parto: in quali circostanze abbia ella partorito: che sia avvenuto della prole, che essa diede alla luce. Sarà possibile al giudice in tutti i delitti di scoprire indizj, purchè egli esattamente conosca le circostanze, che si connettono, come cause, effetti, o contrassegni, con quella data specie di azio-

ni. Allora egli, mediante le prove ordinarie, e secondo le solite regole della inquisizione, può facilmente investigare, se nel caso si presentino, o no, quelle date circostanze.

Se poi il fatto è già stabilito, ma ancora non si possiedono tracce del facitore, il giudice deve investigare, se vi sieno circostanze, che indirizzino il sospetto contro una data persona, in quanto questa abbia fatto dei preparativi di azioni di tale specie, o sia stata scoperta in guisa sospettosa nel luogo del delitto. Quando non si possano ritrovare simili tracce speciall, il giudice dee ricorrere agl'indizj generali, ed investigare chi possa aver avuto un particolare motivo, o un particolare interesse di commettere questo fatto, od a chi se ne sia offerta la migliore occasione, o chi è già diffamato in simil genere di azioni, onde inspira il sospetto di avere eseguito anche questa. In somma il giudice dee nel caso rispettivo indagare, se esistano *indicia auctoris*, e quali sieno possibili o verisimili: e, se giugno a discoprirne le tracce, può facilmente proseguirne la ricerca nel solito modo.

#### §. 11.

Ciò presupposto, io discendo ad esaminare, qual effetto producono in generale gl'indizj: se essi cioè possano somministrare una base alla sola verisimiglianza, od anche alla certezza, e perciò ad una sentenza condannatoria. Che gli indizj possano produrre la verisimiglianza, ora maggiore, ora minore, è confessato da tutti. In questo rispetto gl'indizj esercitano diversa influenza sulle criminali inquisizioni, e sulle varie parti di esse. Le regole quasi generalmente ammesse in simil proposito, sono state già esposte da diversi giureconsulti (1). Ma quando l'inquisizione è già chiusa, e non si è raccolta altra prova, che la indiziaria, sorge la questione, se per mezzo di soli indizj nasca la certezza per modo, che si possa appoggiar sui medesimi una condanna penale. Anzi tutto sarebbe necessario correggere alcuni errori, che dominano nella presente dottrina. Si è mosso sovente da una nozione inesatta del vocabolo *indicium*, pigliandolo come equivalente di argomento, di sospetto, di congettura. Ma è stato già mostrato da altri (2), che fra gl'indizj e le congetture

(1) Mittermaier I. c. p. 130 e seg.

(2) Von Globig I. c. parte II. p. 40 e seg. Mittermaier I. c. p. 403.

intercede una gran differenza. Il vocabolo *indiciu* significa propriamente una traccia, un segnale, o un carattere (1). Spesse volte le leggi romane lo prendono come equivalente di *argumentum*, cioè del risultato dei contrassegni o caratteri: (2) spesse volte le medesime leggi si servono della parola *indiciu* nel senso di specie, o mezzo di prova (3). Se gl'indizj si prendono a considerare dal punto di vista, che vien presentato dalla natura della cosa, o dal diritto positivo, fa d'uopo affermare, che da essi può nascere la certezza ed il convincimento.

I. Quando indaghiamo una cosa, e ci vogliamo convincere, che essa sia di una data maniera, esaminiamo i suoi caratteri e contrassegni, ed arriviamo alla certezza, allorché discopriamo, che possiede quelli, che appartengono a quel genere determinato di cose. Lo stesso accade nelle inquisizioni criminali. Se abbiamo d'innanzi a noi più contrassegni e caratteri, che si connettono col fatto, che si dee ricercare, o con l'autore di esso, la loro esistenza ci può agevolmente convincere, che il fatto sussiste, o che lo ha commesso un dato individuo, perchè osserviamo, che nel caso contrario i medesimi non sarebbero, o non potrebbero essere. La connessione di alcune circostanze col fatto, o col suo autore, ci conduce necessariamente da quelle, che teniamo per certe, a concluderne altre, che sinora ci rimasero ignote. Questa illazione ci può convincere, quando è fondata nell'ordine necessario o consueto delle cose. E tale convincimento nasce precisamente in quel medesimo modo, in cui sorge così di sovente nella vita umana, quando dai contrassegni o caratteri di una cosa deduciamo, o possiamo dedurre la sua esistenza, o la sua qualità.

#### §. 12.

II. La maggior parte degl'indizj sono fisiche e sensibili circostanze. Si appoggiano dunque sull'evidenza sensibile;

(1) C. W. Wehrn lo ha provato col classici latini, e con le leggi romane ricercando se sia razionale e legale il punire sulla base d'indizj e di congetture. Lipsia 1799 p. 16 — 17.

(2) L. 1. §. 1. 4. L. 18. §. 2. D. L. 8. Cod. de quaestionibus. L. 5. §. 6. D. de re militari L. 1. Cod. de testibus.

(3) L. 20. 21. Cod. de probationibus. L. 13 Cod. de iure dotum. L. 10. Cod. Arbitrium tutelar. L. 19. Cod. de rei vindicatione. L. 30. Cod. de evictionibus.

onde conseguia, che il fatto può esser dimostrato da essi con evidenza sensibile, la quale vien data come l'unica fonte della certezza. Si obietta in contrario, che gl'indizj non provano immediatamente il fatto, ma forniscono solamente illazioni, che ne debbono stabilire la prova. Ciò non ostante per altro il fatto è mediatamente dimostrato per via d'indizj con evidenza sensibile; avvegnachè quelli riposino su di questa, e dai medesimi si deducano illazioni del fatto, o del suo autore. La mediata evidenza sensibile non solamente è di per sé sufficiente a procurar la certezza, ma da per tutto è riconosciuta capace di questo effetto, e di servire di base a condanne penali in ogni tribunale. La più gran parte dei mezzi probatorj null'altro forniscono al giudice, che una mediata evidenza sensibile: e ciò accade ancora nella confessione, e nelle deposizioni testimoniali. È forse escluso di più il dubbio del contrario, quando il giudice ottiene l'evidenza sensibile dalla confessione dell'incolpato, o dalle dichiarazioni de'testimoni, che quando inferisce conclusioni da certe fisiche circostanze, e si procura la stessa evidenza mediata? Se il giudice è convinto, che le sue conclusioni son giuste, e che tali debbono essere secondo il corso consueto delle cose; ne nascerà senz'altro tutta quella certezza, che è dato di conseguire nella vita umana. Il giudice può certamente sbagliare nel trarre le sue conclusioni: ma ancora in que' mezzi di prova, che si riguardano come pienamente efficaci, può essere indotto in errore; che il confidente, o i testimoni possono anche a bella posta ingannarlo. Da ciò seguita solamente, che nella prova indiziaria fa d'uopo di una somma cautela: alla necessità della quale niuno si vorrà contrapporre.

#### §. 13.

II. Tutti gl'indizj conducono ad illazioni, dalle illazioni si formano le dimostrazioni, e queste certamente producono il convincimento; perchè, siccome osserva a ragione Stöbel (4), i fondamenti, che sono giudicati sufficienti dal logico, debbono riconoscersi per tali anche dal giudice criminale. Io non so, come si possa asserire, esempigrazia con Kramer (5), che ogni risultato, cui la

(4) Il criminale procedimento nei tribunali germanici, tom. II. §. 973.

(5) Saggio di una esposizione sistematica del diritto penale, §. 364.

facoltà di giudicare destina, tanto per via di compiuta induzione, quanto secondo l'analogia, non possa essere che imperfetto. Quando la conclusione dipende da una giusta presupposizione, cioè da una circostanza di fatto dimostrata, ed è conforme alle regole della logica, non si vede il perchè non debba guidare ad una dimostrazione. Per affermare il contrario, farebbe di mestieri sovvertire tutti i dettami della logica. Nè a ciò si oppone il possibile, che nelle illusioni intervenga l'errore, onde si richieda una facoltà di giudicare specialmente esercitata, affinchè l'argumentare non sia vacillante ed incerto. L'inganno è certamente possibile: ma non per questo è dato distruggere i principj piantati di sopra, nè dichiarare incapace di essere ammesso o applicato tutto ciò, di cui si possa abusare. Se per questo riguardo si volesse negare alle conclusioni la virtù di convincere, bisognerebbe privarci di una delle più feconde sorgenti della certezza; avvegnachè nella vita umana sia frequentissimo l'uso delle conclusioni. Quando il giudice è versato (e ciò si può a buona ragione pretendere da ogni uomo istruito) nelle regole della logica, e le applica rettamente, è raro, che possa frammischiarvisi l'abuso nell'inferir conclusioni. Fa d'uopo ancora riflettere, che d'ordinario nelle cause criminali non decide un giudice solo, ma un intero collegio di giudici. E dunque da sospettar tanto meno, che sia commesso un errore nel concatenare e valutare le conclusioni.

IV. Ancorchè la congiunzione degli indizj con l'azion principale, che si vuol dimostrare, dipenda dall'esperienza non lice per questo asserire, che dai medesimi non possa nascere convincimento di sorta. Io non posso ammettere con altri scrittori, che le cognizioni dell'esperienza sieno grandemente incerte, e che la medesima non abbia virtù d'imporre alcuna necessità al nostro giudizio. Quando una frequente esperienza c'insegna, che certe circostanze positive si connettono d'ordinario, o sempre, con una data azione; perchè non ci dovremmo convincere dell'esistenza di un fatto determinato, quando è dimostrata quella delle circostanze, che vanno congiunte con esso? Questo convincimento si appoggierebbe in tal caso all'ordine consueto delle cose, al quale siamo autorizzati a tener dietro nella vita umana. Un'esperienza comprovata dalla frequenza de' casi ci conduce finalmente all'analogia, ovvero all'aspettazione di

casi simili, alla quale non si può negare l'efficacia di convincere (1).

### §. 14.

V. Si danno indubitatamente degli indizj, i quali col fatto, che si vuol dimostrare, o con l'autore di esso, hanno una connessione così necessaria, che debbono senza controversia produrre la certezza, e il convincimento. S'immagini il caso seguente d'infanticidio. È pienamente provato, che la madre nel tempo, in cui si sgravò, era sola in casa: il bambino è trovato morto subito dopo il parto: i periti dell'arte decidono, che egli è nato vivo, ed ha vissuto dopo la nascita: si trovano sul cadaverino tali lesioni mortali, che non potevano assolutamente esser fatte, che dalla mano dell'uomo; perchè ha per esempio una coltellata nel cuore, o gli è stata tagliata la testa. Chi dubiterà in questo caso, che la madre non sia l'autrice di quelle lesioni del suo figlio? — Quando il marito è stato assente più anni, ed al suo ritorno trova la moglie incinta, o puerpera, non può dubitarsi, che ella non abbia commesso adulterio. — Ove si prendano in esame simili casi, ai quali se ne potrebbero aggiugnere agevolmente degli altri, non si sa concepire, come Stübel (2) possa dubitare, che nella prova criminale indiziaria non si presenti mai una general connessione causale necessaria fra il mezzo probatorio e l'oggetto di esso. — Sebbene per altro la connessione degli indizj col fatto principale non sia necessaria ma consueta, ne può sorgere niente di meno il convincimento. Allorchè questa connessione delle circostanze con l'azion principale è sì fatta, che a tenore del consueto andamento delle cose umane si può ammettere che un dato uomo abbia commesso un determinato delitto, il giudice è pienamente autorizzato ad attenersi a quel consueto andamento, e quindi a dedurre il proprio convincimento dalla detta connessione. Quando il giudice procede così, non si allontana dal suo modo di operare nella maggior parte delle altre specie di pro-

(1) Stübel (dell'essenza di fatto dei delitti, dei loro autori ec. §. 252) ammette, che la esperienza e le prove a posteriori possano eminentemente produrre la certezza storica. Ma questo grado di certezza è sufficiente alle condanne penali: avvegnachè ancora le deposizioni testimoniali non ci possano fornire altra certezza, che l'istorica.

(2) l. c. §. 252.

va. Se egli per esempio assume a fondamento della sua decisione, una confessione, che in sè medesima è degna di fede, si appoggia al consueto andamento delle cose, a tenore del quale non si può supporre, che uno falsamente confessi a proprio danno, e voglia trarsi addosso una pena non meritata. Se il giudice pronunzia una sentenza sulla fede delle testimonianze; ciò avviene, perchè è contrario all'andamento delle cose umane, che testimoni, i quali non soggiacciono alla menoma eccezione, depongano il falso.

## §. 15.

VI. Gl'indizj possono produrre una prova piena anche secondo la legislazione positiva. La Costituzione Carolina riconosce, come indizio, la deposizione di un sol testimone idoneo, ed in ciò concorda con la maggior parte delle legislazioni criminali: mentre la stessa costituzione e tutti i codici criminali in generale dichiarano, che concorre una prova piena, quando due testimoni idonei convengono fra di loro nel fatto principale. Or se queste due regole si esprimono con altre parole, vengono a dire, che quando ad un testimone idoneo (ad un indizio) si aggiunga un secondo testimone della stessa specie (un secondo indizio), deve ammettersi l'esistenza della prova piena, la quale è quindi prodotta da due indizj. Perciò io sono con altri giureconsulti (1) convinto, che dagl'indizj possa nascere la certezza, e conseguentemente la prova piena. La maggior parte dei dottori, che negano questa virtù agl'indizj, o parlano dall'idea, rifiutata di sopra, che indizj e congetture sieno una sola e medesima cosa, o considerano gl'indizj troppo isolatamente, senza pensare, che più di essi e tutti stringenti possono talora concorrere in un medesimo fatto. Püttmann (2) per esempio riferisce alcuni casi d'individui innocenti, condannati sul fondamento della prova indiziaria, per mostrare così il *lubricum indiciorum*. Ma simili casi dimostrano solamente, che i

tribunali si sono lasciati talora indurre troppo leggermente a decretar la tortura o la pena, sull'appoggio d'indizj solitari, o vaghi. Lo stesso può dirsi degl'innocenti, condannati sulla prova indiziaria, dei quali parlano le cause celebri di Pitaval, e di Richer, ed altre opere; passando ancora sotto silenzio, che la verità di questi racconti, come fu notato da Püttmann, non è sempre comprovata. Null'altro si raccoglie da ciò, se non che nel condannar sulla base degl'indizj sono possibili gli abusi; ma questo caso è comune a tutte le cose umane.

## §. 16.

Quand'io di sopra ho posto il principio, che gl'indizj possono produrre il convincimento e la certezza, non ho inteso dire, che dal concorso di più indizj sia permesso a dirittura dedurre la prova piena, all'effetto di condannare. Concedo anzi assai di buon grado, che in ciò è necessaria la massima cautela; perchè nel desumere una serie di conclusioni dagl'indizj non è difficile cadere in errore, quando non si proceda con logico rigore. Ammetto anche volentieri, che non di frequente gli indizj giugneranno a fornir la certezza, e che il più delle volte nascerà dal medesimo la sola verisimiglianza. Io asserisco solamente, che dagl'indizj può sorgere anche la certezza, presupposte, a mio credere, le condizioni seguenti.

I. I soli indizj speciali, *Asiati*, ed immediati sono adattati a fornire la prova piena. I generali o mediatì servono piuttosto a fortificare quelli della specie precedente: stanno in fatti in una connessione troppo remota col fatto principale, perchè si possa ad essi soli attribuire una particolare efficacia.

II. Fra gl'indizj speciali possono partorire la prova piena solamente i contemporanei, i quali sono i più intimamente connessi con l'azione principale. Gl'indizj precedenti e i susseguenti non hanno una così stretta connessione col fatto, che si ricerca, spesso non somministrano alcuna positiva conclusione, e, potendo ricevere una spiegazione diversa, non generano di per sè soli la prova piena.

III. Debbono combinarsi più indizj di specie diversa, e perciò trovarsi insieme indizj contemporanei con antecedenti e susseguenti. Quando vi sono più indizj di specie diversa, essi producono tanto meglio il convincimento, in quanto che da diverse vie convengono insieme le ra-

(1) Tittmann Compendio di diritto penale, parte IV. §. 830. Bauer Principj fondamentali del processo criminale §. 171. Wehrn I. c. §. 15. Eisenhart Memoria coronata §. 10. Von Grotmann Principj fondamentali della scienza del diritto criminale §. 431. Stübel dell'essenza di fatto ec. §. 272. e seg. e nel Processo crim. tom. II. §. 974. c' seg.

(2) De lubrico indiciorum, in opusculis num. 8.

gioni del vero, e si riuniscono in un solo punto. Questa riunione d'indizj di specie diversa convince assai più, che quando tutti appartengono alla medesima specie, nei quali è più facile ad accadere, che si traggano conclusioni mal fondate, perchè la verità non è così investigata ed illuminata per ogni parte, come nel primo caso. Quindi i principalissimi indizj divengono un fondamento veramente solido, quando sono da più parti fortificati da altri indizj di specie diversa.

IV. Questi indizj concorrenti debbono stare fra loro nella più intima connessione, per modo che l'uno dia rilievo all'altro, e tutti si accordino in un armonico insieme. Imperocchè ogni singolo indizio non solamente cresce di forza, quando è rincarato da altri, ma inoltre il convincimento, più che dai soli indizj principalmente proviene dalla loro concordia. Apparece dunque di per sè, che non si può dagl' indizj dedurre la prova piena, quando stanno in contraddizione fra loro, o vengono infievoliti o snervati da indizj contrarj. Quand'anche la contraddizione o la contrarietà non cada, che sull'uno, o sull'altro indizio, è da credere, trattandosi di una così difficile dottrina, come la presente, che non possa ammettersi la prova piena: la quale, esigendo la massima cautela, sembra richiedere la intiera concordia di tutte le circostanze.

V. Tutti gl'indizj pigliati insieme debbono produrre un convincimento sì fatto, che, secondo il consueto andamento delle cose, non possa farsi a meno di ammettere, che un dato fatto sia stato commesso da una data persona; in guisa che non solamente non esistano ragioni a sostegno del contrario, ma questo, a tenore del corso ordinario della natura, non sia nemmeno da sospettarsi. Allora possediamo quel grado di certezza, che ci fa di mestieri per condannare nelle cause criminali. Imperocchè la certezza assoluta è nelle cose umane sommamente rara: e quando la volessimo costantemente ottenere, per applicare la pena, ogni amministrazione di giustizia verrebbe a cessare.

VI. Sebbene gl'indizj possano dimostrare, che taluno sia delinquente, per altro il fatto illecito, ond'egli è incolpato, dee stabilirsi con prove proprie e pienamente valevoli. Finchè ciò non sia avvenuto, non si può trattar di convincere il fattore per via d'indizj. Poichè sarebbe cosa piena di pericoli il voler desumere dai medesimi indizj la prova del fatto, e quella del fattore.

VII. Finalmente tutti gl'indizj debbono convenire alle relazioni personali dell'incolpato. Questi debb'essere un uomo, dal quale, come si esprime la Costituzione Carolina, uno si possa aspettare il fatto. In tal rispetto gl'indizj generali, che si deducono dalla precedente condotta, dal tenor di vita, e da altre personali relazioni dell'incolpato, sono certamente di grande importanza, per fortificare o indebolire a suo riguardo gl'indizj determinati; perocchè dai primi si scopre, se l'uomo, dal quale si tratta, possa, o no, ripularsi capace del fatto, che gli si appone. Se uno stupido viene incolpato di un fatto, che richiede una particolare astuzia, o scaltrezza, o ad un uomo estremamente debole e timido viene attribuita un'azione, che esige gran forza muscolare e straordinario ardimento; la debolezza spirituale o corporea di quell'individuo si opporrà per modo ad ogni sospetto, che questo, anche nel concorso di un gran numero di indizj, non potrà mai convertirsi in certezza.

#### §. 17.

Quando concorrano tutti questi requisiti, ogni sano intelletto desumerà dalla prova indiziaria quella stessa certezza, che gli forniscono le confessioni e le deposizioni testimoniali. Figuriamo il caso seguente. È pienamente provato un omicidio, dal quale non è ancora scoperto l'autore: ma stanno contro l'incolpato questi indizj. Egli è un uomo inquisito ed accattabrighe, che si è già mischiato più volte in risse e baruffe; era fiero nemico dell'ucciso: avea da sperare uno speciale vantaggio dalla morte di lui, esempigrazia di allontanarsi un odiato rivale: avea minacciato la morte all'ucciso, o dichiarato ad altri di volerlo torre dal mondo: è stato sorpreso in guisa sospetta nel luogo dell'uccisione al tempo del fatto: alle dimensioni di un pugnale, ond'egli è riconosciuto l'ultimo possessore, corrispondono esattamente le ferite dell'ucciso: quel pugnale si trova tinto di sangue, e sanguinoso del pari si trovano le vesti dell'incolpato: questi possiede alcune cose dell'ucciso: l'ucciso, prima di morire, lo ha nominato come autore del fatto: l'incolpato si studia di cancellar le vestigia del delitto, e d'indurre in errore le investigazioni del tribunale: appena diffusa la nuova dell'uccisione, si è trafugato in modo sospetto: non ha da produrre alcun indizio per la propria innocenza: non v'ha da formar congettura contro

di altra persona, che possa aver commesso un tale omicidio. Quando si presentino tutte queste circostanze, e sieno debitamente provate, la loro combinazione convincerà certamente ogni sano giudizio, che, secondo l'ordine consueto delle cose; l'incolpato sia l'uccisore (1). In simili casi, tanto a tenore del diritto, quanto a tenore della politica criminale, è giustificata una condanna, fondata sulla prova indiziaria. Siccome la tortura è stata per giustissime ragioni abolita, e le confessioni son divenute più rare, perchè gl'incolpati sanno, che il giudice non li può costringere a dichiararsi colpevoli; siccome i delitti per lo più si commettono in solitudine, onde spesso non è dato chiarirne gli autori con la prova testimoniale; così dee frequentemente accadere, che il tribunale non abbia d'innanzi a sè altro che indizj. Or se a questi si volesse negar l'efficacia di generar la certezza, non potrebbero servire di base ad alcuna condanna: ma farebbe d'uopo ricorrere ad un mezzo d'assicurazione, o pronunziar l'assoluzione *ab instantia*. Poichè per altro si sono sollevate grandi obiezioni contro i mezzi d'assicurazione, dichiarandoli pene sull'altro nome non rimarrebbe altro ragionevol partito, che l'assoluzione *ab instantia*. Alla quale può di leggieri conseguire, che ritornino in libertà uomini pericolosissimi, e che sieno eccitati a continuar tanto più la criminosa loro via, in veggendo, che al tribunale torna difficilissimo chiarirli delinquenti, solo che nieghino con pertinacia. E specialmente i più sagaci verranno in questa disposizione, sapendo benissimo come regolarsi per uscir d'utrogo impuniti. Di che quanto soffrirebbe la pubblica sicurezza, è patente senza bisogno di prova. Imperocchè tutti i mezzi d'assicurazione, e tutti i provvedimenti di polizia, che possono andar congiunti con l'assoluzione *ab instantia*, sono insufficienti a distornare dai malefici gli uomini risoluti ed accorti. Se non che si andrebbe troppo oltre, se si volesse da tutto questo concludere, che sul fondamento degl'indizj si debba a dirittura punire. Ciò non dee accadere con pregiudizio della giustizia. Che se da un lato si promuovrebbe con tali pene la pubblica sicurezza, si farebbe dall'altro un gran torto a coloro, che fossero condannati sulla fede d'indizj,

incapaci a produrre la piena certezza. Gli infelici così colpiti servirebbero allora di mezzo arbitrario al fine, contro tutti i diritti dell'umanità. Da tutto questo risulta, che il diritto e la politica criminale debbono concordemente stabilire, che sia decretata la pena sul fondamento degl'indizj, quando nasca da essi la certezza e il convincimento. Allora la sicurezza del dritto, che si aspetta dalla potestà di punire avrà una base più salda, la criminale giustizia sosterrà con vigore la propria dignità, e, mostrando verli delinquenti, che la sola negativa non basta per sottrarsi al castigo, li renderà meno difficili a confessare.

## §. 18.

Ho accennato in un altro luogo (2), che il diritto romano permette di condannare sul fondamento della prova indiziaria, quando si abbiano *iudicia evidentialia*, *ad probationem indubitata*, et *lucis clario* (3). Al contrario la Costituzione Carolina art. 22. ordinò, che sulla fede di soli indizj non si potesse decretare alcuna pena criminale (4). Fintantochè durò l'uso della tortura, questa limitazione non si fece sentire nella pratica, perchè quando l'incolpato era solamente indiziato si poneva al tormento. Ma poichè la tortura sparì a poco a poco dall'uso, nacquero gravi difficoltà intorno al modo di regolarsi, quando non si avesse altra prova, che la indiziaria. Allora i dottori ed i pratici oscillarono fra la pena straordinaria, i provvedimenti d'assicurazione, e l'assoluzione *ab instantia* (5). Ma questa oscillazione generò molto naturalmente una diversità di sentenze, per la quale non solamente soffrì la dignità e la fermezza della criminale giustizia, ma ancora la pubblica sicurezza fu ferita dalle assoluzioni *ab instantia*, o l'innocenza non fu salva dalle pene straordinarie, applicate con deplorabile precipitanza. Questo stato di cose fece na-

(2) Trattati intorno al diritto ed al processo criminale, tratt. 1. §. 5. Mittermaier l. c. p. 436. Stübel dell'esecuzione di fatto ec. §. 451.

(3) L. ult. Cod. de probat. L. 34 Cod. ad L. Jul. de adulter.

(4) D'altra opinione è von Grolman nella biblioteca per la scienza del diritto criminale, fasc. 1. p. 167 e seg., e nei principj fondamentali della scienza criminale §. 461.

(5) Le ragioni pro, e contro la prova straordinaria, ed i mezzi d'assicurazione, sono state egregiamente raccolte da Mittermaier l. c. p. 457 e seg.

(1) Un caso importante di convincimento per via d'indizj corredato di giudiziose osservazioni, si trova nei casi criminali notevoli di Pfister, parte 1, num. 4. pag. 114 e seg.

scere il desiderio di precise disposizioni legali. Si conobbe, che il precetto della Carolina non conveniva più al punto, in cui si trovava oggidì l'amministrazione della criminale giustizia (1). Perciò nuovi codici si ravvicinarono alla natura della cosa, ed al diritto romano, e determinarono, potersi fondar sull'indizj una prova giuridica, e per conseguenza ancora una condanna. Questo è specialmente accaduto nel codice penale dell'impero Austriaco, e del Regno di Baviera.

### §. 19.

Il codice (2) austriaco richiede a ragione, come condizioni della prova indiziarla, 1) che l'esistenza del fatto sia pienamente provata, 2) che la commissione delle circostanze dimostrate faccia vedere una relazione così chiara del fatto con l'inculpato, che secondo il corso naturale ed ordinario delle cose umane non si possa concepire, che un individuo diverso si sia ritrovato in una così stretta congiuntura col delitto. Ma la legge fa, per quanto sembra, una distinzione non interamente opportuna, fra i delitti, che producon la morte e la lesione corporale, e gli altri malefici. Al convincimento dei primi richiede, che l'inculpato nutrisse una violenta passione contro l'ucciso, o l'offeso; che lo minacciasse di morte, o gliela desiderasse per qualunque motivo di proprio interesse; e che inoltre questi due indizj, dei quali la legge configura otto modi, colpiscano l'inculpato, e sieno giuridicamente provati. Al convincimento degli altri delitti è richiesto, che l'inculpato sia un uomo, dal quale non si possa aspettare il fatto e che contro di lui sieno provate almeno due delle circostanze, onde sono configurati nel codice altri otto casi. Ed in ambedue le classi di delitti è sufficiente anche un indizio speciale, connesso con indizj precedenti o generali, quando è scoperta la falsa la risposta dell'inculpato.

La partizion dei delitti nelle due classi accennate non mi sembra opportuna; perchè non si può intendere, come dalla specie del delitto possa derivare, che gl'indizj producano, o non producano la certezza; e perchè non vi è sufficiente ragione, per determinare, che il convincimento debba essere più difficile nella prima classe, che nella seconda. In quella due indizj speciali precedenti debbono esser congiunti con altri due indizj

speciali: in questa è reputata sufficiente la congiunzione di due indizj speciali con uno generale. Eppure nella seconda classe si trovano diversi delitti, che sono di gran lunga più gravi, o tali possono facilmente divenire per le circostanze, di quel che non sia la lesione corporale, nominata nella prima classe. In generale mi sembra, che questo codice ricerchi pel convincimento un numero troppo piccolo d'indizj, attribuendo un simile effetto a tre, od a quattro al più dei medesimi. Si piccolo numero d'indizj si può presentare ancora contro un innocente; onde non può fornire il fermo convincimento, che, secondo il corso ordinario delle cose, l'inculpato sia il delinquente. Eppure la legge nel principio del §. 412 riconosce questa condizione come indispensabile. Oltracciò è cosa fallace, che la legge costringa il giudice agl'indizj espressamente nominati; imperocchè, riguardando alla loro moltitudine innumerevole, si vede, non esser possibile determinarne tutti i casi. Di più fra gli indizj contemporanei, espressamente nominati, se ne trovano mescolati alcuni antecedenti e susseguenti: e loro si attribuisce un' eguale efficacia, ancorchè, in grazia del loro interno tenore, possedano una virtù grandemente diversa. Essendosi così attribuita agl'indizj antecedenti e susseguenti la stessa efficacia dei contemporanei, riman confermato quanto abbiamo asserito di sopra, che questo codice richiede troppo pochi indizj pel convincimento. E nasce un pericolo anche maggiore dall'ordine di considerare come sufficiente un solo indizio speciale congiunto con uno generale, o con due precedenti, quando è scoperta falsa la risposta dell'inculpato.

L'ordinanza criminale prussiana del 1806 affida al prudente arbitrio del giudice il dedurre dagl'indizj, se il delitto sia stato commesso per dolo, o per negligenza, secondo la qual distinzione deve poi adeguarsi la pena. Per altro questa legge determina con regole generali, che un grado molto elevato di verisimiglianza nasce dal concorso di più indizj, che concordino fra di loro, e sieno sostenuti dal malvagio carattere dell'inculpato. In tal caso deve applicarsi la pena straordinaria, che consiste nella multa, o nel lavoro penale a tempo (3). Per quanto questa ordinanza criminale contenga molte buone cose, la dottrina per altro degl'indizj non vi è stata compiutamente trattata, ed all'arbitrio del giu-

(1) Stübel l. c. §. 274.

(2) Stübel l. c. §. 412.

(3) Stübel l. c. §. 402 — 408.

dice è stata rilasciata una soverchia latitudine, specialmente pericolosa nella presente materia. Di più la legge permette di decretare sul fondamento degli indizj la sola pena straordinaria. Ma se gl'indizi forniscono il convincimento, perchè non dovrebbe aver luogo la pena ordinaria? Che se si nega agl'indizj la virtù di convincere, non può applicarsi neppure la pena straordinaria, perchè sulla base della semplice verisimiglianza non è permesso punire.

### §. 30.

Assai più giusta e precisa è in questo rispetto la disposizione del codice penale di Baviera (1): a tenore del quale la prova indiziaria dee generar la certezza, 1) quando più indizj contemporanei, congiunti con altri antecedenti e susseguenti, e tutti ad uno ad uno pienamente provati, concorrono sulla stessa persona; 2) quando stanno fra loro in una tal connessione, che questa concordia, secondo il corso ordinario delle cose, non può esser ragionevolmente spiegata, che dalla commission del delitto; 3) quando i medesimi non sono in contraddizione con altre circostanze dimostrate del fatto; 4) quando l'inquisito non abbia a suo pro valevoli indizj d'innocenza; e 5) quando non si presentino circostanze di sorta, le quali facciano congetturare, che il fatto sia stato commesso da un'altra persona. Sotto queste condi-

zioni possono decretarsi tutte le pene, eccetto quella di morte. In questa disposizione s'incontrano tutte quante le condizioni, sotto le quali si è detto di sopra, che può nascere dagl'indizj la certezza, ed il convincimento. Entro sì fatti limiti legali non è da temere, secondo il corso consueto delle cose umane, che rimanga esposta a pericoli l'innocenza; perchè non è escogitabile, che tutte queste circostanze si possano combinare sopra un capo incolpevole. E perchè tutte queste circostanze sieno diligentemente esaminate, quel codice penale ha ordinato, che le sentenze criminali non si pronunzino che da tribunali collegiali, affinchè la decisione non dipenda dall'arbitrio di un giudice solo, ma dalla matura riflessione di più. Si rileva ancora da altre disposizioni precedenti del codice, che nell'art. 328 si parla solamente d'indizj speciali ed importanti; perchè non sono adottati ad esempio che questi negli articoli 310 — 312, e nell'art. 315; e perchè l'articolo 313 ordina, che tutti gl'indizj, che non sono immediatamente connessi col delitto, di cui si ricerca, del pari che tutte le circostanze indeterminate e vacillanti, non producono di per sè alcun sospetto giuridico, ma servono solamente a fortificare il sospetto di già fondato, o a guidare il giudice a fondarlo. Inoltre dallo spirito e dalle parole delle citate disposizioni si può con ragione dedurre, che la legge ammette il pieno convincimento dell'incolpato, solamente allorchè il fatto, del quale si tratta, è dimostrato da altre prove pienamente valevoli.

(1) Parte II. art. 328 — 330.

**IL DOLO APPELLATO GENERALE, ESAMINATO DA MITTERMAIER, AVUTO RIGUARDO ALLE DISPOSIZIONI DELLE PIU' MODERNE LEGISLAZIONI, ED ALLE DISCUSSIONI STATUALI IN PROPOSITO**

DISSERTAZIONE ESTRATTA DALL'ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE ANNO 1841  
FASC. I. (a).

È ufficio della scienza stabilire i principj, i quali come risultati delle esigenze della giustizia debbono servire di guida al giudice nell'applicazione delle leggi penali. Il desiderio di evitare i pericoli, che possono facilmente nascere dagli universalisti, la difficoltà di comprendere tutti i casi di specie diversa in un solo principio, e l'osservare, che da questo, se disleso troppo strettamente o largamente, deriverebbero ingiuste decisioni, persuadono a stabilire molte distinzioni e connotazioni, per facilitare la retta intelligenza di coloro, che debbono applicare le leggi. Si fatte distinzioni e connotazioni sono senza pericolo nella provincia della scienza; perchè l'addottarle, o no, dipende dalla prudenza de' giudici, e sono inoltre materie di quel continuo perfezionamento, che mediante il contrasto degli spiriti conduce a poco a poco alla verità, e corregge gli errori del tempo audato. Ma se il legislatore innalza tali principj e distinzioni al grado di leggi, inceppa i giudici, e li costringe a sottoporre casi di specie diversa ad un precetto legale, che loro non si adatta. Il legislatore allora precipita di leggieri in una casistica doppiamente pericolosa; perchè non vi ha caso, che sia del tutto eguale ad un altro, e perchè la colpevolezza dell'uno non si può

equiparare a quella dell'altro. La cosa è anche più seria, quando nelle assemblee statuali si propone d'inserire in una legge la decisione di casi particolari, o di porvi certe regole o connotazioni, e su di ciò si consulta e si dà il suffragio. La maggior parte dei membri (quelli cioè non educati alla giurisprudenza) di una simile assemblea mista, o sono ignari del linguaggio della scienza giuridica, o stranieri all'applicazione del diritto: e quindi non possono rappresentarsi i casi possibili, ai quali in seguito si dovrà applicare il proposto precetto legale, nè si trovano in grado di valutare le conseguenze della risoluzione. In essi fa per avventura impressione un esempio dipinto con forti colori, ed occupa il loro spirito nella ballottazione. Chi non è giurista si lascia senza dubbio guidare dalla sua fede nell'onnipotenza dello spavento, da eccitarsi per via delle pene: le circostanze dell'esempio narrato determinano il sentimento, e quindi la votazione, la quale spesso non è che l'opera del caso; avvegnachè troppi membri non giuristi tirin dietro all'esempio dell'uno o dell'altro oratore, che riscuote la loro fiducia, ed a lui prestino omaggio nel dare il suffragio. La verità di queste affermazioni risulta mirabilmente, se si prendono a considerare le discussioni delle assemblee statuali di Wurttemberg e di Baden intorno al dolo appellato generale. Nè nel progetto di Wurttemberg, nè in quello di Baden era stata proposta alcuna disposizione pel caso, in cui l'agente, nell'intenzione di commettere un delitto, esempigrazia di uccidere, intraprese atti, che nol condussero alla sua meta, e poi, senza sapere che i medesimi avevano mancato di effetto, esegui un altro atto, che produsse il successo. Una

(a) La legislazione penale nel Regno delle due Sicilie, come la francese, dispone in modo generati la punizione d'ogni reato; l'applicazione delle leggi a singoli casi col discernimento delle particolari distinzioni è commessa ai giudici, sotto le regole, e forme dettate dalle leggi medesime. Da ciò si ottiene che senza discendere in una pericolosa casistica, i giudici non possono fondare le loro decisioni sul proprio arbitrio.

fanciulla, per esempio, vuol uccidere il suo bambino appena nato, e lo strangola. Convinta, che il fanciullo sia morto, lo getta nell'acqua. Poi viene a risultare, che il bambino non è perito in virtù dello strangolamento, ma bensì dell'annegamento. I motivi del progetto di Württemberg dichiarano (1), che non si è creduta conveniente una disposizione generale su di ciò, perchè la medesima non potrebbe riferirsi che a pochi delitti, e perchè si dee riputare, che i tribunali saranno condotti a rette decisioni, esaltamente interpretando le leggi, che governano la materia dell'omicidio premeditato. La commissione legislativa di Baden evitò a bello studio una prescrizione su tal proposito, perchè stimò pregiudicievole tutte le disposizioni su di casi particolari, e perchè inoltre credè, che ogni tribunale, quando parlasse da giusti principj, ed avesse principalmente riguardo alle più minute circostanze del fatto speciale, potrebbe sicuramente decidere, se l'azione dovesse impularsi come dolosa. Nella commissione della seconda camera di Württemberg (2) il caso ebbe per vero dire alcune dichiarazioni, e fu rigorosamente deciso, ma non si giudicò per altro necessaria una disposizione particolare intorno al dolo generale. Fu solamente notato, che al più si poteva inserire un articolo, che lo contemplasse, nel delitto di omicidio (3). Quando incominciò la consultazione nella camera, i giuristi non furono così facili a contentarsi. Essi esposero, che nei tribunali di Württemberg si presentava una pratica sommamente diversa nella risoluzione dei casi, che appartenevano a questa materia, e che era perciò necessaria una decisione legale. La seconda camera richiese dunque al Governo, che nella parte generale del codice si ponesse una disposizione sopra l'imputazione del dolo generale. La commissione governativa fece due proposizioni a

quella attuale: la quale dichiarò a buona ragione nel suo rapporto (4), che non sarebbe agevole il dare una nozione soddisfacente del dolo generale, e che in ogni caso si renderebbero necessari degli esempj per chiarirla. Rappresentò inoltre, che sarebbe stato meglio presupporre come nota l'idea, e solamente esprimere nel codice, che il dolo generale ha le stesse conseguenze del particolare, ognorachè risulti, che al tempo dell'avvenimento, onde è stato prodotto il delitto, o esistesse, o perdurasse l'ingiusta intenzione dell'agente. E pel caso, che la Camera assolutamente esigesse nel codice una precisa disposizione sul dolo generale, la commissione propose e decise una massa di esempj, che si potevano riferire a questa materia (5). Il rapporto è, per via della sua acuta analisi, un lavoro notevole, tuttochè non consideri molte modificazioni, che si possono immaginare, e che alterano essenzialmente la colpevolezza. La commissione pertanto propose un disteso, che doveva rimuovere la controversia (6). Grandi discussioni incominciarono nella seduta 113<sup>a</sup> della Camera. Diversi membri proseguirono a dichiarare, che non facea d'uopo di alcuna disposizione, perchè le regole generali bastavano. Hufnagel notò specialmente, che la questione del dolo generale era propriamente una questione di prova, perchè tutto dipendeva dal vedere, se in una data azione si presentava il dolo. Altri, per esempio Wächter, crederono, che si trattasse di una questione appartenente alla teorica del diritto penale: ma egli confessò del resto, che l'idea del dolo generale veniva compresa molto diversamente dai giuristi, e fece un complimento al natural sentimento giuridico della camera. Ma diversi ora-

(4) Fase. addizionale tomo XII. p. 870.

(5) V. Hufnagel Com. al cod. pen. di Württemberg p. 103 — 112 — Hepp Com. p. 460 — 466.

(6) Il disteso fu questo. « Quando uno si propone uno scopo ingiusto, ma l'azione, che egli intraprende per giungere immediatamente » al medesimo, non ha l'effetto voluto, e quel- » lo scopo è stato ottenuto per mezzo di un'al- » tra azione od omissione, intrapresa dall'a- » gente con lo sguardo rivolto a quell'azione » principale; il successo accaduto deve imputarsi al dolo, tostochè risulti, che l'agente, non solo al tempo di quell'azione, che » dovre produrre il delitto, ma ancora di quel- » l'azione, ond'è stato prodotto il successo, » sia partito dall'intenzione diretta al medesimo, o non abbia disapprovato il fatto sup- » posto consumato ».

(1) p. 38.

(2) Rapporto della Commissione p. 286.

(3) Si propose di determinare per questo caso, che nulla rimane alterato nell'imputazione del fatto, quando l'agente, nella sua intenzione di uccidere, abbia in generale eseguito più azioni od omissioni, ognuna delle quali potesse di per sé esser causa di morte, ed egli aspettasse questo effetto da una delle medesime, mentre aveva già avuto luogo l'effetto dell'altra, o, credendo, che l'effetto di un'azione od omissione fosse di già avvenuto, avesse intrapreso l'altra con sola mira di occultare il fatto.

forti ricorsero alla fluttuanza di opinioni del tribunale di Württemberg, ed alle sfortunate decisioni di alcuni casi, pronunziate da magistrature straniere. Risultò dal dibattimento, che i membri stessi partivano da diversissime idee. Nella ballottazione 46 voti contro 35 dichiararono la necessità d'inserire una disposizione sul dolo generale. Si cominciò nella camera a distenderla. Alcuni membri, senza avervi meditato sopra, proposero dei distesi, che riuscirono incomprensibili moltissimi. Tanto il Governo, quanto i membri, che avean proposto i distesi, sentirono, che il dolo generale poteva considerarsi come speciale solamente allorché anche nell'ultima azione, che produce effettivamente il successo, si mantene eguale la disposizione delittuosa: il che si cercò di esprimere, dicendo, che l'agente anche nell'ultima azione *non avesse disapprovato il fatto*, che egli supponea consumato. Ma qui nasce una nuova controversia, per determinare, quando il proposito originalmente malvagio possa considerarsi come non disapprova. Quelle parole si possono intendere in modo, che si debba ammettere come disapprovazione soltanto quella, che si rende nota (1) per mezzo di un fatto esterno, che la prova della perdurazione del cattivo proposito debba essere addotta contro l'inculpato. Dopo lunghe dispute venne ammesso un disteso, che nella compilazione finale fu poi modificato (2) in qualche parte dal Governo (3).

Nel progetto di codice penale per il Granducato di Baden non fu posto, in virtù delle ragioni accennate di sopra, articolo alcuno intorno al dolo generale: nè la commissione della seconda camera sarebbe mai divenuta ad accogliere una disposizione in proposito, se non avesse avuto davanti agli occhi l'esempio di Württemberg. Il relatore (4) si riportò

al caso, che orano stali citati nella camera di Württemberg, e cercò di mostrare, che, quando non s'inserisse alcuna disposizione su di ciò, o ne procederebbe una decisione ingiusta, o ne nascerebbero inutili controversie. La pluralità della commissione (l'autore della presente memoria, allora presidente della commissione, non si trovò presente a quella seduta) propose dunque un articolo addizionale (5). Quando il progetto fu posto in discussione nella seconda camera, un commissario del Governo (Dutlinger) dichiarò, che la commissione governativa desiderava, che quell'articolo restasse fuori, e che quanto a lui deciderebbe il caso allegato, come un tentativo di omicidio premeditato. Alcuni membri si limitarono a poche riflessioni generali, e già si voleva subito passare alla ballottazione (verisimilmente perchè i membri non giuristi della camera non comprendevano l'importanza della controversia legale, e si affidavano alla loro commissione); quando l'autore di questo scritto manifestò il dispiacere di non aver potuto partecipare alla discussione, e stimolato da diverse voci della camera propose di lasciar fuori l'articolo. Egli s'ingegnò di mostrare, che in virtù del medesimo si cadrebbe in quella casistica, che si era cercato di evitare al possibile; che l'articolo era stato generato dal solo desio d'imitare il codice di Württemberg, il quale per altro non meritava approvazione nel suo disteso; e che condurrebbe a decisioni ingiuste, e contraddittorie allo spirito del progetto. Questa proposta fu principalmente contrariata da tre membri giuristi della camera (Welker, Zentner, e Sander), mentre venne sostenuta da un distinto membro della corte suprema di giustizia (Treffurt). Nella ballottazione 25 voti si dichiararono per l'opinione di Mittermayer, e 28 aderirono all'articolo addizionale.

Prima di porre in sodo il nostro convincimento, ci sia lecito, per avere maggior dovizia di materiali, di richiamar l'attenzione sopra un caso recentemente deciso da una corte di giustizia del regno

(1) Wachter intese le citate parole in questo senso. V. le discussioni della seduta 113 p. 43.

(2) L'art. 36 del cod. di Württemberg dice adesso: « Se una violazione del diritto non è stata commessa mediante un'azione od omissione, immediatamente eseguita a produrre, ma per mezzo di un'altra con la mira rivolta all'atto principale; essa deve imputarsi al dolo, quando l'agente anche nell'ultima azione è partito dal proposito diretto a quella violazione del diritto, o non ha disapprovato il delitto, che supponeva consumato ».

(3) V. Hufnagel l. c. p. 407.

(4) Welker nel suo rapporto p. 67.

(5) Il disteso proposto per ultimo dalla commissione, ed ammesso dalla camera dice così: « Se l'agente, rispetto all'esecuzione dello stesso delitto, ha intrapreso più azioni, che immediatamente si succedono l'una dietro l'altra; gli viene imputato a dolo il successo punibile accaduto, preso di mira da lui, senza considerare da quale di queste azioni fu prodotto ».

di Prussia (1). Un certo Kleina, che viveva in relazione adulterina con la moglie di Z, giudice di villaggio, confessò di avere strangolato (indotto da lei, che gli avea promesso di sposarlo dopo la morte del marito) Z, mediante una funicella avvoltagli intorno al collo, e, credendo che ei fosse morto, di averlo poi trascinato nell'acqua, ad oggetto di far credere agli altri, che Z fosse l'autore della propria morte senza cooperazione di un terzo. Secondo il parere dei periti Z morì d'annegamento e non per causa di strangolamento. Nella discussione della causa fu fatto valere, che si doveva solamente ammettere un tentativo di omicidio premeditato, e che come consumato non si poteva considerare che il delitto di omicidio colposo (2). Le corti di giustizia per altro ritennero Kleina come reo di consumato omicidio premeditato, e lo condannarono a morte. Questa sentenza fu ancora confermata.

Or se noi raccogliamo il risultato delle cose addotte, e lo confrontiamo con le esigenze della giustizia, ci troviamo condotti a fare le seguenti considerazioni.

1) Nel linguaggio della scienza germanica non si trova alcun uso uniforme, per riconoscere il senso, in cui si dee prendere l'espressione *dolo generale*. Il maggior numero dei dottori la considera come equivalente a quella di *dolo indeterminato*, il quale consiste nell'intenzione diretta a più successi dell'azione. Alcuni adoprano quella espressione come equipollente di dolo alternativo (3); altri (4) la distinguono dal dolo alternativo, in quanto l'agente nel dolo generale precedentemente approvò tutti gli effetti tutte le conseguenze, senza esclusione di quelle, che ebbero luogo: altri (5) prendono la parola *dolo generale o indeterminato* come voce di genere, che abbraccia sotto di sè, come specie, il dolo alternativo e l'eventuale. Tanto è certo, che la scienza germanica è ignara del senso, in cui le corti di giustizia di Württemberg, molti giuristi della camera del detto regno, ed alcuni di quella di Baden usarono l'espressione *dolo generale*.

2) Se una legislazione, per la retta decisione de' casi, che la camera di Württemberg e di Baden riferiva sotto questo

punto, vuol prescrivere ai tribunali una disposizione legale; questa non si potrà mai distendere con tanta precisione, da denotare esattamente quei casi, in cui il successo del delitto è giustamente imputabile al dolo dell'agente. Anzi il disteso si adatterà ancora ad altri casi, in cui sarebbe un'ingiustizia applicare la disposizione, e i tribunali saranno indotti in errore.

3) Se si prende in esame la prescrizione del codice penale di Württemberg (art. 56), si vede che essa non si può liberare dal rimprovero di espressioni grandemente indeterminate. Quando la legge parla dell'azione, commessa con lo sguardo (Hinblick) all'atto principale, la volontà del legislatore non è così espressa precisamente; perchè la parola Hinblick è piuttosto figurale, che giuridica, e può significare *sguardo, risguardo, riflesso, o relazione*. Ma tutti questi vocaboli hanno molte significanze, e sotto di essi ognuno può figurarsi quello che vuole. Nè meno indeterminata è l'espressione: *quando l'agente anche nell'ultima azione sia partito dall'intenzione diretta alla violazione del diritto*. Ciò conviene tanto a colui, che presuppone od ammette quell'intenzione come esistente, quanto a colui, che operò con quella stessa intenzione, che fu la originale. Del resto l'espressione non è giusta neppure secondo particolare volontà del legislatore; perocchè, quando la fanciulla volle strangolare il proprio bambino, e lo soffocò, e più tardi, credendolo morto, lo gettò nell'acqua; la delinquente non ha, nella seconda azione, l'intenzione di uccidere, ma solamente quella di allontanare il cadaverino. Non è conveniente neppur l'espressione: *quando egli non abbia disapprovato il delitto, supposto già consumato*. In fatti il senso di questo disteso è oscuro, perchè non si sa, se in ogni caso occorra di provare particolarmente, che l'agente anche nell'ultima azione approvò il suo delitto, e ciò che ha fatto sino ad allora per commetterlo: non si sa inoltre, se l'articolo sia applicabile, allorchè l'agente abbia disapprovato l'azione con parole, o se faccia d'uopo, che egli abbia intrapreso atti esterni di disapprovazione. Sembra di più, che, ognorachè, si presenti una tal disapprovazione, il successo non debba imputarsi a dolo. Quando per esempio una fanciulla, che vuole uccidere il suo bambino, lo soffoca, e poscia ritornata sul luogo del fatto si pente dell'accaduto, amaramente si curruccia e versa lacrime, ma ciò non ostante getta il figlio, che suppone morto, nell'ac-

(1) Manuskopf Annali per l'amministrazione della giustizia criminale negli Stati Prussiani tomo I. fasc. 2. p. 243.

(2) Manuskopf i. c. p. 313.

(3) Wäcker Elem. I. p. 126.

(4) Heffter Elem. p. 60.

(5) Bauer Trattati di dir. pen. p. 272.

VOL. II.

qua, dove soltanto esso muore effettivamente, non si dovrebbe applicare l'art. 56. Anche il disteso della camera di Baden è imperfetto. Le parole: *rispetto all'esecuzione del medesimo delitto*, sono inderubinate ed equivocate. Si può intendere in fatti, che ciascuna delle azioni sia commessa con l'intenzione, che produce il successo, o, poichè il relatore non spiegò questo senso, che sia sufficiente, che l'azione fosse eseguita per qualche altro motivo, anche perchè il delitto era oramai, secondo l'opinione dell'agente, tanto inoltrato. Ciò dunque equivale all'espressione in Hinflich usata dalla camera di Württemberg. Or si analizzi il caso seguente, che è realmente avvenuto. A voleva rubare in tempo di notte nella casa di B, e sperò di poter riuscire in questo suo divisamento appiccando il fuoco alla capanna di B, e profittando del trambusto, che così ecciterebbe. Alle ore undici della sera appiccò il fuoco: ma siccome credè, che i materiali combustibili non arriverebbero così presto ad incendiare il tetto, si coricò per dormire. Alle dodici si svegliò, vide il tetto in fiamme, gridò aiuto, e rubò nella casa. Risultò dal processo, che i materiali combustibili, apposti da A non avevano bruciato, ma che un altro individuo, affatto ignorato da A, aveva del pari appiccato il fuoco alla casa di B, per rubare, e che l'incendio era stato cagionato da questo secondo agente. A fu allora dichiarato colpevole di furto consumato, e d'incendio tentato: ma, secondo il disteso del progetto di Baden, gli si dovrebbe imputare a dolo l'incendio consumato. Anche le parole: *azioni che si succedono immediatamente l'una dietro l'altra*, esprimono qualche cosa di diverso; perchè immediatamente indica azioni, che si succedono l'una dietro l'altra senza interruzione di luogo, nè di tempo. A tenore di ciò la fanciulla, che alle ore otto soffocò il suo bambino, poscia se ne andò da quel luogo, e mezz'ora più tardi vi ritornò, e, credendo che il fanciullo fosse morto, lo gettò nell'acqua, non sarebbe punita secondo quest'articolo, perchè le azioni non si succedono immediatamente l'una dietro l'altra: mentre l'articolo si applicherebbe, se la soffocazione e il getto nell'acqua fossero fatti avvenuti l'un dietro l'altro senza interruzione. Ma dov'è qui una ragione per fare una differenza fra questi due casi?

4) I casi, che la camera di Württemberg e di Baden vuol porre sotto il suo rispettivo articolo, sono di specie differentissima. — A, che vuole uccider B, lo

percuote, e credendolo morto, lo lascia in terra. In quel frattempo sopravviene C, il quale, vedendo B giacente, suppone che dorma, e lo percuote nel capo. Risulta dal processo, che B morì solamente per le ferite ricevute da C. Più tardi ritorna A, e sotterra B cui crede di avere ucciso. — Oppure A, vuole uccider B e lo ferisce: tenendolo per morto, lo trascina nell'acqua, per nascondere il fatto; mentre seguita a trascinarlo, il fulmine colpisce mortalmente B, che ancora viveva — o discende giù dal monte una pietra, ed uccide B. A getta il cadavere nell'acqua. — Una fantesca aveva voluto uccidere subito dopo la nascita il suo figlio illegittimo, e gli aveva stretto il collo. Chiamata improvvisamente, abbandona il bambino nella camera, dove avea partorito. Dopo una mezz'ora rientra nella sua stanza: ma in quell'intervallo era stata presa da pentimento, e sperava di trovare ancor vivo il bambino. Se non che vedendolo immoto, lo tiene per morto, e per coprire la sua vergogna, getta il supposto cadaverino nell'acqua. Risultò, che il bambino non morì di strangolamento, ma soltanto nell'acqua. — Ora, se si tien dietro alle discussioni delle camere di Württemberg (1) e di Baden, nelle due prime fattispecie, nelle quali il successo fu prodotto da un terzo, o dal caso, senza saputa del primo agente, questi non sarà punito di consumato, ma di tentato omicidio: ma nell'ultima fattispecie si applicherà l'articolo per via del dolo generale, e la fanciulla (in Württemberg la sentenza dipenderà dal vedere, se possa provarsi la disapprovazione del fatto) sarà punita di consumato omicidio. Ma una conseguenza di questa fatta si può malamente dedurre; perocchè l'azione, in cui l'agente non volle il successo, può esser tanto poco imputata ad intenzione di uccidere, quanto l'azione del fulmine, o quella di un terzo, la quale sia stata indipendente dal primo agente. Questi avea solamente tentato l'omicidio, ma non avea ucciso; perchè l'azione, che intraprese in segreto, non fu punibile per se stessa. Egli volle gettare nell'acqua un morto; chè tale riputava colui, sul quale aveva percosso. Dunque la legge non lo può punire per via di un'a-

(1) Secondo l'art. 235 del cod. pen. di Württemberg la lesione è chiamata mortale anche quando avrebbe prodotto la morte, se questa non fosse stata cagionata più presto da un altro avvenimento. Nella commissione della camera di Baden queste parole non furono accolte.

zione, che egli non commise con criminoso proposito.

5) Le norme stabilite negli articoli del progetto di Württemberg e di Baden stanno ancora in contradizione col principio obiettivo, su cui riposa il diritto penale germanico. Solamente allorchè il successo fu in connessione causale con l'azione commessa per produrlo, esso è imputabile al dolo dell'agente. Ma se questi commise intenzionalmente un'azione, la quale non generò, il successo, e poi n' eseguì un'altra, senza aver l'intenzione di effettuarlo; nella prima si presenta solamente un tentativo, e la seconda non è imputabile a dolo.

6) Che colui, il quale vuol commettere un omicidio, ed opera con questa intenzione, senza per altro produrre il successo, e poi, erroneamente credendo, che il successo abbia di già avuto luogo, eseguisce un'altra azione, nella quale manca la volontà di uccidere, possa punirsi solamente di omicidio tentato è massima riconosciuta dagli antichi giuristi, e spesso difesa anche ne' tempi moderni, come corrispondente al diritto penale comune (1).

7) Al severo principio, difeso nella camera di Württemberg e di Baden, servono di fondamento diverse presunzioni legali. Imperocchè si presume, che quegli, il quale intraprende l'ultima azione, per impedire il discoprimiento del delitto, che crede erroneamente di aver consumato, ed approva questa ideale consumazione, avrebbe intrapreso quell'azione medesima, ad effetto di produrre il successo del delitto pigliato di mira, ancorchè avesse tempestivamente riconosciuto il proprio errore. Dall'approvazione del delitto s'inferisce la perseveranza nell'intenzione di uccidere. Il codice di Württemberg offre almeno al giudice la possibilità di non applicare la disposizione, quando egli riconosca, che l'agente disapprovò il delitto, che supponea consumato; ma, secondo il progetto di Baden, bisogna imputare al dolo dell'agente il successo, ancorchè la prima azione, intenzionalmente intrapresa, non lo generasse, e la seconda, che lo produsse, fosse eseguita senza delittuosa volontà. Così vengono violentemente congiunte due azioni, e l'intenzione originale si riferisce ancora all'azione posteriore: ma non è cosa degna di lode, che la legge imponga al giudice

il dovere di considerare in tal guisa l'atto successivo. Chi non sa, con quanta prudenza bisogna giudicare lo stato dell'animo di un'altra persona, e quanto è pericoloso il lasciarsi guidare da presunzioni generali dovunque il giudice può esser diretto solamente dall'esame della individualità dell'agente, e delle più minute circostanze concomitanti? Uno scritto periodico pubblicato di fresco (2) fornisce un caso notevole, che mostra, quanto di rado è chiaro all'agente medesimo il vero stato dell'animo suo. Una fanciulla, che non avea denunziato la sua illegittima gravidanza, fu improvvisamente sorpresa dal dolori del parto, e mise alla luce un bambino, che, secondo l'asserzione di lei, non diede alcun segno di vita. Chiamata con premura dai padroni, abbandonò il figlio, e ritornò più tardi nella sua stanza per darsi cura di lui. Ma cadde in quella spossatezza, che suol succedere al parto, e quando si riebbe, si convinse sempre più, come disse, della morte del fanciullo, e lo nascose in una cassa, dopo essersi assicurata, secondo che dichiarò, che esso non viveva, e dopo avergli stretto al collo un legaccio di calza, che ella si sciolse dalla propria gamba. Fa di mestieri, che la corte di giustizia esamini accuratamente lo stato dell'animo dell'inquisito, tenendo conto del senso giuridico e del sentimento di umanità (3).

8) La norma universale a nostro parere) stabilita dalla camera di Württemberg e di Baden può essere giustamente applicata nel solo caso, in cui tanto la volontà, quanto l'attività, diretta a produrre il successo, faccia insieme, e l'agente, col perseverante proposito di commettere il delitto, eseguisca anche l'ultima azione terminatrice con l'intenzione, che, quando gli atti finora intrapresi non bastassero ed effettuare il successo, il delitto venga portato al suo compimento da quest'ultimo atto. Ancorchè il delinquente possa essere stato indotto a quest'ultimo atto dalla veduta concomitante di occultare il suo fatto, e di allontanare da sè il sospetto; la vera e propria intenzione è pur sempre diretta ancora alla consumazione del delitto. In tale stato di volontà si ritrovò Kleina nel caso giuridico riferito di sopra. Sebbene questo delinquente credesse, che il giudice, che egli aveva col-

(1) Knapp Discussioni sul progetto di Württemberg p. 63. 185. Zacharia del tentativo parte I. p. 282.

(2) Maunkopf Annali dell'amministrazione della giustizia criminale negli Stati Prussiani tomo I, fasc. 3. num. 13. p. 401.

(3) I. c. p. 418.

plito, fosse morto; pure, analizzando esattamente le sue deposizioni, si viene a riconoscere, che riteneva come possibile, che visse ancora, e per ucciderlo pienamente e sicuramente, ed insieme per nascondere il fatto, trascinò il supposto cadavere nell'acqua. Nello stesso modo noi giudicheremmo il caso (di cui si parlò nelle camere) dello scrivano, che dopo di avere più volte dato del martello sul capo del giudicante, a cui vuol toglier la vita, lo appicca per far credere, ch'ei si sia ucciso da sè (1). L'agente avea riputato sufficienti quei colpi: ma per esser sicuro, e consumare in

qualunque caso il delitto, appiccò il giudicante. Anche qui ritroviamo una pluralità di atti, che nel perseverante proposito di uccidere, e connessi senza interruzione fra loro, sono diretti a raggiungere il medesimo scopo.

Rilasci il legislatore, come ha fatto sinora, alla retta misura de' tribunali il giudizio dei singoli casi, che si dee profondere dietro la giusta valutazione delle più minute circostanze concomitanti! Si guardi nel codice dalla casistica, e da quegli artificiosi distesi, fatti a vite, nei quali la semplice intelligenza dei cittadini non raccoglie il senso della legge, e la misura giudiziale si trova inceppato senza bisogno!

(1) Annali di Klein tomo XVI. num. 1.



## VI.

### DELL' IMPUTAZIONE DEI PAZZI NEL LUCIDO INTERVALLO

DISSERTAZIONE DI FRIEDREICH

ESTRATTA DAL TOMO XIV, FASCIC. 2 DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE (a).

Poichè si danno con qualche frequenza delle malattie psicologiche, le quali hanno quei lucidi intervalli, in cui nessuna innormalità di spirito si scorge nel malato, è nata l'occasione di ricercare, se l'azione illegale, commessa da un pazzo in un lucido intervallo, sia imputabile, o no. Per quanto a chi si contenta di una superficiale osservazione sembri potersi agevolmente rispondere, che il malato, ritrovandosi nel lucido intervallo al pieno possesso della propria ragione, sia responsabile delle azioni in quel tempo commesse; pur noi ci troviamo da una più profonda investigazione condotti ad un risultato contrario. Anzi tutto dobbiamo qui fissar qualche cosa di più preciso intorno all'essenza dei lucidi intervalli, ed alle diverse relazioni con la malattia; perchè da ciò sorgerà di per sé stessa la replica alla proposta questione.

1) La pazzia è continua o alternativa (1): ed il malato dell'ultima soffre di un'alienazione mentale periodica la quale si manifesta per mezzo di una catena di più accessi. Una durevole disposizione a simili parossismi è propriamente ciò, che si appella pazzia periodica: e quegli spazi di tempo, in cui il malato è libero da tali accessi, sono i lucidi intervalli. Ma qui non bisogna confondere la

remissione con l'intermissione della pazzia. L'idea d'intermissione del processo morboso suppone, che quei fenomeni, i quali essenzialmente contraddistinguono la malattia, cessino affatto per qualche tempo di mostrarsi sensibilmente, mentre nella remissione proseguono, tuttochè in grado molto minore; onde risulta di leggieri, che nella sola pazzia intermittente può esser parola di lucidi intervalli. Fra questi dunque non si possono contare le pause momentanee negli accessi del furore, che opera ad urti, come la tempesta; nè le ottuse ore intermedie, nelle quali il furioso, come l'irato nella sua collera, è psicologicamente trattenuto da circostanze esterne; nè gli istanti, ne quali al malato, posseduto da una fissa supposizione, viene a mancar l'occasione di slanciarvisi (2). Anche Hoffbauer (3) ha giustamente osservato, che dal vedere un pazzo, che non giudichi, nè operi pazzamente, non lice dedurre un lucido intervallo; perocchè, per ammetter questo, bisognerebbe che l'infelice non solamente avesse dimenticato il suo errore, ma ancora lo ritrattasse, riconoscendolo veramente per un errore. Di qui si scorge, quanto sieno difficili le condizioni, per ammettere l'esistenza di un lucido intervallo: le quali vengono anche incaricate da Reil (4), « che negli intervalli più puri resta sempre una declinazione dall'armonia delle potenze spirituali, necessaria a costituire l'unità della ragione, e che la connessione dell'organismo con l'individualità, e la chiara coscienza della

(a) Le leggi penali dispongono. Non esiste reato quando colui che lo ha commesso, era nello stato di demenza, o di furore, nel tempo in cui l'azione fu eseguita art. 61. — Nient'altro può essere scusato, nè la pena mitigata, che nel caso e nelle circostanze in cui la legge dichiara il fatto scusabile, o permetta di applicare una pena men rigorosa. art. 63.

(1) Hoffbauer Investigaz. psicolog. sopra la pazzia, Halle 1807. p. 278.

(2) Reil Raps. p. 440.

(3) La psicologia nella sua applicazione all'amministrazione della giustizia p. 109.

(4) l. c. p. 443.

« personalità ritornano lentissimamente nell'animo sconvolto ». Si potrebbe dunque dal finqui detto dedurre la regola, che bisogna far uso di un'estrema cautela nel giudicare della presenza di un lucido intervallo; avvegnachè questo, della natura corrispondente all'espressione adoperata a significarlo, sia un fenomeno di rarità straordinaria. A ciò si aggiugne, che i singoli parossismi sogliono il più delle volte finire a poco a poco, ed a poco a poco ricominciare; per modo che il lucido intervallo fra queste lunghe transizioni non può riuscire che breve, e malagevolissimo a determinarsi esternamente. Si noti di più, che lo stato di alienazione si avvicenda spesso così rapidamente co' lucidi intervalli, che non a torto può dirsi, che quell'uomo deliri con la ragione (1). Difficilissimo è dunque il profferire in sì fatta materia un sano giudizio; facilissimo l'ingannarsi.

2) Ancorchè si voglia ammettere l'esistenza d'un intervallo interamente lucido; questo per altro, ad effetto di ventilare la ricerca medico-legale dell'imputazione, debb'essere investigato più rigorosamente ed esattamente di quello che si fa nell'esame puramente patologico, o nosologico.

A ) È stato detto di sopra, che secondo Hoffbauer la pazzia periodica, la quale si manifesta mediante una catena di parossismi, consiste propriamente in una perseverante disposizione ai medesimi. Ora questa parola *disposizione* è il punto, su cui si aggira tutta quanta la disputa, e che dee qui considerarsi sotto un aspetto affatto diverso da quella della vita comune. Il che si verrà meglio dichiarando, se io prenderò qui ad esaminare, o piuttosto a confutare alcune affermazioni di Boehr, unico scrittore, che per quanto io mi so, abbia consacrato una trattazione particolare alla dottrina dell'imputazione nei lucidi intervalli (2). Il passo relativo al nostro argomento è il seguente: « La pazzia periodica è propriamente la disposizione agli accessi d'alienazione mentale, ed i tempi, in cui i malati vanno liberi da sì fatti accessi, sono i lucidi intervalli. Ma per parlare più esattamente bisognerebbe dire, che è affetto di pazzia periodica colui, che in al-

« cuni tempi è pazzo, in altri no; perocchè altrimenti la disposizione alla pazzia si potrebbe confondere con la pazzia medesima. L'esperienza insegna, che il maggior numero degli uomini è disposto alla peste; avvegnachè allo svilupparsi d'un'epidemia pochi sien quelli, che ne rimangono risparmiati: ma non per questo tutti gli uomini hanno la peste. Nel medesimo modo non può esser chiamato pazzo quegli, che abbia in sè la semplice disposizione alla pazzia, quando in lui non si presentino i fenomeni proprj di essa. Chi soffre di febbre intermittente, ha forse la febbre in tempo di apiressia? No certamente. Egli ne ha la disposizione anche nel tempo libero da febbre: ma di questa è acceso solamente quando se ne manifestano nella sua persona i fenomeni » (3). Qui Boehr palesemente scambia la disposizione generale ad ammalare, innanzi lo sviluppo effettivo di un processo morboso, con la particolare disposizione, che una malattia, di già realmente generata nell'organismo, possiede a produrre certi parossismi; mentre fra l'una e l'altra intercede una differenza essenziale. In qualunque uomo sano si ritrova, più o meno, una disposizione alla pazzia: ma niuno dirà, che una simil disposizione e la pazzia sieno una medesima cosa; perchè veramente appariscono affatto separate fra loro. Ma nel caso, in cui un individuo già patisca realmente di pazzia periodica, concorre in lui in pari tempo con la pazzia la particolare disposizione al ritorno dei singoli parossismi, la quale non può considerarsi separata da esso, perchè appunto il comparire e lo sparire dei parossismi appartiene all'essenza di queste malattie periodiche. Nè fa al caso l'esempio addotto da Boehr, che il maggior numero degli uomini è disposto alla peste, e non per questo tutti gli uomini, al comparir d'un contagio, il contraggono. Se la peste fosse una malattia periodica, non cadrebbe in mente ad alcuno di voler affermare, che fosse libero dalla peste colui, che nel momento attuale non soggiace a parossismi. Anche più singolare è la questione, con la quale Boehr domanda, se chi patisce di febbre intermittente abbia la febbre in tempo d'apiressia: alla quale ricerca si potrebbe con pari assurdità contrapporre la domanda, con cui si chiedesse, se colui, che patisce di febbre intermittente in tempo d'apiressia. Egli per cor-

(1) V. Laugermann *de methodo cognoscendi, curandique animi morbos* Jen. 1797. p. 37.

(2) V. l'archivio d'esperienza medica di Florinasse, ed. Henke, maggio e giugno 1818. p. 429 — 470.

(3) p. 449.

to palisce continuamente di febbre intermittente, ed anche in tempo di apiressia; perchè altrimenti non sarebbe luogo a parlare di apiressia, nè di ritorno di parossismi. Oltre a questi si danno anche degli altri processi morbosi, dei quali nullo può negar l'esistenza, ancorchè non si rendano per qualche temposensibili. Forse quel bambino non soffre più di vermini, o quell'uomo non soffre più di pietra, perchè nel momento attuale non si presentano sensibilmente i fenomeni dell'intero processo morboso, di già stabilmente formato? Boehr è dunque in errore, quando crede, che, parlandosi di pazzia periodica, sia meglio dire, che la persona, della quale si tratta, è pazzo in certi tempi, e non in altri, avvegnachè altrimenti la disposizione alla pazzia si potrebbe confondere con la pazzia medesima. Che questa confusione non sia possibile, quando si distingue esattamente il significato della parola *disposizione*, è stato accennato di sopra: e dall'essenza di queste malattie periodiche risulta, che il pazzo, anche nel tempo de' suoi lucidi momenti, soffre di pazzia latitante. Per la stessa ragione Boehr va errato, allorchè nega la presenza della pazzia nel lucido intervallo, perchè nel pazzo non appaiono i fenomeni dell'alienazione mentale. Prescindendo dall'osservare, che il non apparire di alcuna innormalità psicologica in certi momenti è una proprietà delle forme periodiche di pazzia, non si danno forse nell'organismo altri accidenti spettanti all'essenza della malattia, che quelli, che sono sensibilmente riconoscibili? Nel lucido intervallo è dunque improvvisamente sparita tutta in una volta quella innormalità corporea, che sempre determina la pazzia (1)? Tutto l'abito esterno, che costituisce il carattere generale della pazzia, e delle particolari sue forme, si è dunque interamente dissipato? L'occhio del medico esercitato potrà distinguere molto bene dal lucido intervallo la sanità della mente, o la piena guarigione di essa. Sebbene nel lucido intervallo il malato non faccia, nè dica nulla d'irrazionale; sebbene egli si avveda dell'innormalità della sua vita psicologica; pure i tratti del volto, lo sguardo, ed

altri segnali faranno fede al solite osservatore, che la tempesta di quell'animo è momentaneamente scemata, ma non affatto cessata. A tenore di tutto ciò si potrebbe stabilire la seguente proposizione: *Il lucido intervallo è quel momento della pazzia, nel quale rimangono ascosti i fenomeni dell'alienazione mentale, tuttavolta perseverante.*

B) Un'altra quistione, che si connette con la precedente, è quella, con cui si ricerca, in qual condizione si trovi la libertà di volere del pazzo, durante il suo lucido intervallo. Se noi consideriamo in genere la dipendenza della nostra vita psicologica terrestre dalla corporea, ossia dalle condizioni organiche, se ne può desumere in generale una risposta soddisfacente. Un'intera libertà di volere, ossia, ciò che è lo stesso la facoltà di potersi psicologicamente determinare in ogni rispetto senza impedimenti, può aver luogo soltanto in una organizzazione, che sia del tutto normale anche corporalmente, ed in cui l'armonia fra lo spirito e il corpo non sia momentaneamente turbata. Di che ci fornisce prove sufficienti la vita quotidiana. E siccome noi in ogni forma di malattia psicologica ritroviamo qualche innormalità corporea, che la determina; così possiamo decisamente ammettere, che non si dia malattia corporea, nella quale non si presenti più o meno turbata l'anima, e con essa la facoltà di determinarsi, cioè il libero arbitrio. Su di che ci hanno fornito documenti e prove bastanti i lavori d'Haring (2), di Phillips (3), di Bücheler (4), di Hartung (5), di Rammann (6), di Bird (7), e di altri. Poichè dunque, siccome fu dimostrato, la pazzia ha sempre la sua radice in qualche morbo corporeo, e perdura anche ne' lucidi intervalli insieme con la sua condizione fisica; non si potrà neppure in questi parlare di quella libertà di volere, che si richiede in un uomo sano di corpo e di men-

(2) Dell'azione scambievolmente fra l'anima e il corpo, Lipsia 1817, p. 282. Dell'influenza delle malattie corporee sull'anima.

(3) *Diss. de animi affectionibus in pectoris morbis praeter vesaniam*, Bonn 1830.

(4) *Diss. de animi affectionibus in abdominis morbis, praeter vesaniam*, Bonn 1830.

(5) *Diss. de cognoscendis corporis affectionibus*, Bonn 1827.

(6) Elem. di semiot. generale, Berlino 1826, p. 338. Dei sintomi psicologici, che dipendono da stati morbosi dell'animo.

(7) Della morale disposizione dell'uomo in diverse malattie nel giornale di Nasse 1826, fasc. 4, p. 259.

(1) Faccio notare, che lo professo con pieno convincimento la dottrina dell'origine corporea delle malattie mentali, della quale ho addotto sufficienti prove nella mia diagnostica generale dei morbi dello spirito, 2<sup>a</sup> ediz. p. 327 e seg.

te. Se non che con questa prova generale non si sodisfa bastantemente alla quistione, e bisogna inoltre rispondere ad una obiezione, chesi potrebbe fare con Boehr. « Se l'imputabilità di un'azione (dice il » citato scrittore (1)) riposa sopra il » sesso della ragione, e non trova luo- » go nel solo caso, in cui taluno l'abbia » temporariamente o perpetuamente » perduta senza sua colpa; egli è cer- » to, che nei momenti in cui una tal » perdita venga a cessare, e nei quali » perciò sparisca il motivo sopprimen- » te l'imputazione, le operazioni d'un a- » gente si fatto saranno imputabili. Ora » negl' intervalli veramente lucidi non » possiede l'uomo la sua libertà di vo- » lere, e non riconosce la moralità delle » proprie azioni? Forse egli è trasporta- » to involontariamente senza sua colpa » dal delirio ad azioni illecite? Chi lo » affermasse, sovvertirebbe l'idea de' lu- » cidi intervalli ». Io asserisco all'incon- » tro, che noi dobbiamo considerare da un » lato negativo, e non dal lato positivo, lo » stato psicologico del pazzo nel lucido in- » tervallo in proposito della sua libertà di » volere. Nel lucido intervallo manca so- » lamente quello stato di volontà, che è » collegato col parossismo della pazzia: ma » da ciò non conseguita, che all'agente ven- » ga positivamente restituita quella liber- » tà di volere; che possiede nella condi- » zion di salute. A me sembra, che qui si » possa ammettere un'analogia fra le ma- » lattie corporali e le psicologiche. Come » le ultime sono collegate col difetto di li- » bertà spirituale, così le prime con uno » stato somatico. All'organo ammalato » manca la libertà somatica, corrispon- » dente all'armonia dell'organizzazione, » cioè la facoltà di agire senza impedimen- » ti. Nelle malattie periodiche del corpo, » esempigrizia in una febbre intermitten- » te, anche in tempo di apiressia si presen- » ta uno stato negativo del sistema ner- » voso, rispetto a quello stato, che è domi- » nato dal processo morboso, si presenta » semplicemente una negazione momen- » tanea della condizione, che genera il pa- » rossismo febbrile, senza che il sistema » nervoso abbia acquistato la sua libertà, » e senza che siasi positivamente ristabi- » lita l'armonia della salute. Ora il furio- » so nel suo lucido intervallo è veramente » libero da quell'alto grado di servitù di » volere, la quale si manifesta in lui ne' » parossismi del suo furore: ma non per » questo ha riacquisito quella normale

facoltà di volere, che lo assienri dal sog- » giacere incontinentemente a tutti gl'impulsi, » che per occasione interna, od esterna po- » tranno in lui svilupparsi, e dei quali sa- » rebbe padrone nello stato di normalità » psicologica. Se questo fosse, si dovrebbe » considerare come guarito, nè sarebbe più » luogo a parlare di lucidi intervalli. E » qui ci torna in acconcio la disposizione » menzionata di sopra: la quale non è so- » lamente fondata nel ritorno dei parossi- » smi, ma ancora e principalmente nella » circostanza, che nel lucido intervallo lo » stato psicologico è tale, che un'occasione, » che in altro tempo sarebbe trapassata, » senza lasciar vestigio di sé, eccita allor- » ra ad azioni violente, e contrarie alla » legge. Il Furioso può nel lucido in- » tervallo rimanere irritato da un tratto insi- » gnificante, che nello stato di sanità psi- » cologica non sarebbe stato giudicato of- » fensivo: egli viene agevolmente incitato » ad un'azione illegale, esempigrizia ad » uccidere l'offensore, appunto perchè non » ha recuperato la potenza normale della » sua volontà, nè questa soggiace compia- » tamente al dominio della ragione. Ed in » un simile stato, quand'anche si voglia » continuare a chiamarlo col nome di lu- » cido intervallo, si dovrebbe parlare di » libertà spirituale, e di responsabilità? » Chi potrebbe inoltre quidei terminare con » precisione, se l'atto sia veramente ac- » caduto nel lucido intervallo, o se sia stato » prodotto da un parossismo prematru- » ramente provocato da eccitamenti interni, » od esterni, dei quali, come si è detto, il » furioso è mirabilmente suscettivo anche » nei momenti di apparente tranquillità? » Finalmente vuolsi qui considerare, che » fra la ragione, ossia fra la capacità psi- » cologica di riconoscere la moralità di » un'azione, e fra la libertà di volere, bi- » sogna fare una grandifferenza; avvegan- » chè possa esistere l'una di queste fac- »oltà spirituali, e mancare l'altra, e l'una » possa esser normale, innormale l'altra. » Può il malato nei suoi lucidi momenti » giudicare razionalmente, riconoscere la » moralità dell'azioni, e ciò non ostante non » essere nel pieno possesso della libertà di » volere, e conseguentemente mancare » d'imputabilità. L'esperienza, se la inter- » roghiamo, ci confermerà questo ammae- » stramento. Il sentimento del diritto e del » torto non è sempre spento nei pazzi. Essi » sovente si vergognano; se vengono sorpre- » si in un atto indecente, e cercano di na- » scondersi. In una parola riconoscono la » moralità dell'azioni, e nulladimeno non » possiedono la libertà di volere, appunto » perchè sono psicologicamente ammalati.

(1) I. c. p. 450. 451.

La qual cosa ha tante prove in suo favore, che Heinroth considera la mancanza di libertà, cioè l'incapacità di determinarsi, come il carattere generale di tutte le malattie della mente. Se noi osserviamo egli dice, tutti gli ammalati di spirito, scorgiamo visibilmente nel difetto di libertà il contrassegno caratteristico delle loro malattie. Così il melanconico non si può esempigrazia distaccare dalla sua profonda concentrazione in sè stesso, nè il frenetico dalle sue idee fisse nè il furibondo dalle feroci sue brame, nè il delirante dalle immagini del suo mondo di sogni: e l'imbecille dimostra questo difetto di determinazione in ogni rispetto psicologico (1). Altri individui ammalati di spirito riconoscono ottimamente l'ingiusta indole delle loro propensioni, ne giudicano con ogni ragionevolezza, e confessano piangendo di non essere in grado di resistere alla forza dei morbosi loro stimoli interni. « Qual motivo potrei avere, diceva un pazzo a Pintel, di uccidere il direttore del nostro spedale, che ci tratta con tanta umanità? Eppure io mi sento incitato a piombargli addosso, ed a ficcargli un coltello nel petto ». Enrico Giuffè di Bourbon, figlio del gran Condè, credeva di essere stato convertito in un cane, e perciò abbalava come un cane. Un giorno che fu sorpreso dal suo accesso nella camera del Re, si accostò plan pia-

no ad una finestra, cavò fuori il capo, raffrenò la voce, e semplicemente si compose in atto di un cane latrante (2). Il malato conobbe in tal caso l'indecenza del suo contegno davanti al Re, ma non ebbe quella forza di volere, che era necessaria a resistere interamente allo stimolo d'abbalare. Abbiamo pur degli esempi di pazzi, che hanno commesso un'azione illecita con proposito di commetterla, sapendo di esser pazzi, e confidando nell'indulgenza della legge pel loro stato. Così una pazza dello stabilimento di New-York gittò in terra una fantesca, e le strinse la gola, dicendo: « chi mi trattiene dall'ucciderti, giacchè io sono demente, e niuno mi può punire (3) »? Or questi esempj, che io potrei facilmente aumentare, non sono sufficienti a provare, che la capacità di riconoscere la moralità di un'azione non è sempre congiunta con la libertà di volere? Il pazzo dunque non può considerarsi responsabile di un'azione commessa nel lucido intervallo, nè possessore della libertà di volere, solo perchè ha la facoltà di ravvisare l'ingiustizia del fatto.

Concluderò col notare, che quanto ho stabilito finora intorno all'imputazione vuolsi applicare ancora alla pazzia periodica, che è qualche cosa di simile alla febbre intermittente larvata.

(1) Reil Rapsod. p. 441

(2) Sismond Viaggio per la Gran Bretagna negli anni 1810 e 1811, Conf. anche le ricreazioni del 21 febbrajo 1818.

(1) Dooz Dotirina dei segni, pubblicata da Heinroth p. 293.

## VII.

### SOPRA LO STATO PRESENTE DELLA DOTTRINA DEL DELITTO TENTATO

DISSERTAZIONE DI HEPP

ESTRATTA DAL TOMO XVII, FASC. 1. E 2. DELL'ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE,  
ANNO 1836 (a).

La partizione delle violazioni della legge in consumate e tentate è tutta propria del diritto penale; avvegnachè riconosce, in conseguenza di lesioni, una pretensione al risarcimento, od alla pena privata, od all'una ed all'altra cosa insieme, presuppone un danneggiamento materiale, e non si prenda pensiero dell'intenzione, quanto l'atto non ebbe successo. Da ciò discende, che nei *delicta privata*, giudicati appresso i Romani secondo i principj del diritto civile, cioè nel *furtum*, nella *rapina*, nel *damnum injuria datum*, e nell'*injuria*, non potea darsi conato punibile; perchè la sola offesa pienamente avvenuta da motivo ad una pretensione e ad una querela (1). Questo ci dicono espressamente le leggi romane. Quindi non si presenta un conato possibile di *furtum*, nè d'*interversio* (specie di furto), a tenore della L. 21. §. 7. D. *de furtis*, e della L. 67. D. *cod. conf. con la L. 1. §. 1. e 2. D. cod. e con la L. 3. §. 18. D. de adquir. vel. om. possess.* Così secondo la L. 1. §. 2. D. *quod. quisque juris* non si dà conato punibile d'ingiuria in senso lato; secondo la L. 27. §. 17. D. *Ad L. Aquil.* non si dà conato punibile di *damnum injuria datum*; e secondo la L. 15. §. 10. D. *de injuriis* non si dà conato punibile d'ingiuria in senso stretto. Per altro l'ultimo passo parla solamente di *contumelia*, cioè d'ingiurie verbali: e la ragione, per cui le ingiurie di questa specie non ammettono conato punibile, si dee ricercare in un principio più alto quello, in virtù del quale questo reato, per

le idee giuridiche de' Romani, appartiene al numero dei *delicta privata* (2). Imperocchè altrimenti uno si troverebbe costretto ad ammettere per eccezione un conato punibile nelle ingiurie verbali pubbliche, le quali sono suscettive di una inquisizione ufficiale; mentre neppure in queste si applica l'idea del tentativo, come sarà dimostrato più sotto (§. 5.).

Prima di tutto importa fissare l'estensione del *conatus delinquendi*, sulla quale, anche fra i moderni, sono molto divise le opinioni.

#### §. 1.

Per natura della cosa, la partizione dei delitti in consumati e tentati si riferisce.

1. non solo ai delitti di commissione, ma ancora ad una certa specie di delitti di omissione (3). La penalità di una omissione presuppone l'obbligo di un atto positivo, e per diritto comune ha sempre luogo per sola eccezione. In alcuni casi (come nell'alto tradimento, nella rottura della pace pubblica, nei delitti di moneta, e nella bestemmia) il diritto comune impone in fatti a tutti i sudditi il dovere d'impedire il delitto futuro, e di denunziare quello commesso. In altri all'opposto la penalità contempla solamente una certa classe di sudditi, che vengono obbligati ad un'attività positiva, in virtù di relazioni particolari, o personali, o convenzionali. Sembra, che in sì fatti casi le leggi, declinando dal principio generale del diritto romano *cogitationis poenam nemo patitur, o nec consilium habuisse noceat, nisi et factum*

(a) Vedi le leggi penali — Del tentativo — Quando prenda il nome di misfatto mancato, o tentato art. 69 e 70 — Per i delitti e per le contravvenzioni art. 71 a 73.

(1) Cropp de praec. jur. rom. circa puniend. coo. delinq. p. 69.

(2) Weber delle ingiurie par. I. p. 58.

(3) Jenuil Dir. crim. austr. par. I. p. 198.

*sequutum sit*, puniscano un atto interno senza l'esterno, o in altre parole la semplice risoluzione di non fare qualche cosa. Imperocchè nei delitti di omissione la risoluzione punibile, cioè la volontà di far ciò, a cui uno è legalmente obbligato, sembra concorrere con lo stesso non fare per modo, che l'una cosa non si possa immaginar separata dall'altra. Or, se questa maniera di vedere fosse la giusta, i delitti di omissione escluderebbero la possibilità dell'idea e della penalità di un conato. In essi in fatti le preparazioni dovrebbero consistere nella risoluzione di non far qualche atto, e nel medesimo non fare, che concorre con essa; onde non si potrebbero, a tenore de' principj giuridici, colpire di pena. E si danno realmente alcune specie di omissioni punibili, in cui non è escogitabile il tentativo. Sono di questa specie le denunzie, indebitamente omesse, di un delitto accaduto, e il non impedimento di un delitto imminente; perocchè quivi il dovere di un'attività positiva è imposto a' sudditi dentro un certo tempo, determinato dalla legge e dalla natura di alcune relazioni, e così la semplice risoluzione illegale, fintantochè rimane possibile uniformarsi dentro il debito tempo a quell'obbligo, non può giustificare alcuna penalità. Di qui risulta ancora, che manca di fondamento la presupposizione, della quale or ora parliamo: che cioè sia punibile la risoluzione, e che essa concorra in tal guisa col non fare medesimo, che l'una cosa non possa immaginarsi separata dall'altra. Imperocchè non già la risoluzione, come tale, ma bensì l'esecuzione di essa, cioè il realmente non fare in conseguenza della formata risoluzione, e perciò l'atto interno e l'esterno, costituisce la penalità dei delitti di omissione; ond'è applicabile pienamente ad essi pure la massima del diritto romano: *ne consilium habuisse nocet, nisi et factum sequutum sit*. Quindi si vede, che quei delitti di omissione, i quali richiedono per loro natura diversi traslasciamenti per esser consumati, e nei quali perciò fra il proposito illegale di non far qualche cosa, e l'adempimento del medesimo, siamo di mezzo dei momenti di tempo e degli atti, che si debbono considerare come continuazioni del criminoso disegno, ammettono certamente un conato punibile: e ciò accade appunto in quelle omissioni, la cui penalità dipende da una special relazione personale. Quando esempigrazia una madre illegittima ha incominciato a porre in opera la risoluzione

di torre la vita al fanciullo appena nato, privandolo di ogni nutrimento, o non legandogli il tracico ombelicale; o quando un padre legittimo, o una madre legittima hanno principiato a sottrarre ogni cibo al loro bambino bisognoso d'aiuto, per farlo così morire di fame, ed il corso della loro delittuosa inattività viene interrotto in tempo; tutti gl'istanti di un conato punibile d'omicidio premeditato si presentano allora per mezzo di omissioni. In egual modo si può immaginare commesso dal genitori a danno de' proprj figli un conato punibile di lenocinio qualificato. Si potrà in somma stabilire il principio generale, che quei delitti, i quali si commettono tanto per via di commissioni, che di omissioni, ammettono sotto amendue i rispetti la possibilità di un conato; mentre all'opposto que' delitti, che si eseguiscano solamente con omissioni, come per esempio la traslasciata denunzia di un delitto imminente, non ammettono, per le addotte ragioni, alcuna sorta di conato punibile.

## §. 2.

La partizione del delitti in consumati e tentati si riferisce:

II. non solo alle dolose, ma ancora alle colpose violazioni della legge penale (\*); sebene la maggior parte de' moderni giuristi pensino che sia una contraddizione il parlare di un conato colposo (*culpa attentata*), perchè in ogni tentativo esiste l'attuazione di un'intenzione, o questa manca nelle trasgressioni prodotte da trascuratezza (†). Se non che questa contraddizione è solamente apparente. È in fatti fuor di ogni disputa, che niun delitto si può consumare senza che sia stato anteriormente incominciato, e che il conato consiste appunto nell'incominciamento di un delitto, e può in un modo negativo chiamarsi un delitto non consumato. Or, se si dà, come non se ne può dubitare, un consumato delitto colposo, si dovrà pur dare un delitto colposo non consumato (incominciato, tentato): e tanto più, in quanto

(\*) Il ragionamento, che fa l'autore in questo §., sembra più ingegnoso, che vero: ma le conseguenze pratiche, dedotte da esso, dispensano da qualunque confutazione. N. d. T.

(†) Mittermaier nel nuovo arch. di dir. crim. t. I. p. 167 182, t. X. p. 542. — Kleinschrod Sviluppo ec. par. I. §. 36. — Orsted nuova contribuzione all'oggetto della legislazione penale p. 120 — Rossbirt Sviluppo ec. p. 320 e seg.

che ogni delitto consumato include necessariamente il tentato, ossia, per dirlo in altre parole, il delitto tentato forma un elemento integrante del consumato. Anche secondo l'uso comune di favellare non si sa comprendere, perchè il delitto non consumato debba avere per condizione il dolo, mentre con egual diritto si potrebbe affermare, che ancora l'idea della consumazione abbia per suo carattere il dolo, con che si verrebbero a cancellare tutte quante le trasgressioni colpose (1).

Concordando in questo principio anche il Romagnosi (2) descrive il conato come una *esecuzione incompleta di un delitto*, e dice con molta verità (3): *necessariamente l'attentato deve intervenire in ogni delitto consumato, che ricerchi una successione precedente di atti fisici per esser condotto a fine, o, per dirlo in altri termini, perciò appunto che molti atti fisici esterni hanno dovuto concorrere nell'effettuare un delitto, deve esserci stato necessariamente un tempo, in cui l'esecuzione era soltanto incominciata, protratta, e vicina al suo termine*. Con egual precisione il Romagnosi presenta il carattere del consumato delitto, quando osserva (4): *allora l'attentato si confonde talmente col delitto intero e perfezionato, che va ad inchiuersi ed a formare con esso lui un unico e solido concetto. Egli è realmente una parte integrante del delitto, o, dirò meglio, dell'esecuzione del delitto; nè si potrebbe, quando il delitto è consumato, distinguerlo da lui, se non mercedi di una astrazione simile a quella, che distingue un angolo e due linee dal triangolo intero, del quale esse due linee fanno talmente parte, che senza esse non si potrebbe formare l'idea del triangolo stesso*.

Che il delitto tentato non sia altro che un delitto incominciato e non consumato; che, siccome ogni azione umana in generale, così ogni delitto non possa esser consumato, se prima non ebbe cominciamento; e che perciò ogni delitto necessariamente include il tentativo; sono principj così evidenti ed irrepugnabili, che, se fossero stati debitamente compresi e valutati, avrebbero premunito da molti equivoci nella dottrina del conato. Tra questi equivoci non si

può certamente contare l'aver negato la possibilità di una *culpa adtentata*, perchè il tentativo delittuoso è straniero al diritto comune, in cui le azioni, che appartengono a questo capo, vengono giudicate dietro principj diversi da quelli del *conatus delinquendi*. Ciò non ostante nel rispetto scientifico, e forse ancora nel legislativo, non è indifferente il cercare, se l'idea del delitto tentato (incominciato, non consumato) sia così essenzialmente e necessariamente determinata dal carattere del dolo, che l'ammettere un tentativo colposo fosse quella manifesta *contradictio in adjecto*, che si asserisce dai più. Al che, in virtù delle premesse, bisogna rispondere di no: e le ragioni, addotte dagli avversarj, si dileguano, sol che uno non si lasci indurre in errore dall'uso comune di favellare. Imperocchè a tenore di questo le idee di delitto tentato, incominciato e non consumato, sono per una parte affatto equivalenti: e d'altra parte il ricorrere ai tentativi chimici, fisici, o di altra specie consimile, non è argomento dimostrativo; perchè in sì fatti concetti non si presenta alcun contrapposto fra il tentativo e la consumazione, mentre nella nostra tesi tutto dipende di qui. Laonde, in vece di prendere a guida l'uso comune di favellare, si tenga dietro alla natura e all'essenza di un delitto compiuto, che non può esser tale, se non è stato incominciato, ed all'idea di delitto tentato, la quale solleva l'ostacolo, si sostituisca quella equivalente di delitto incominciato, o non consumato, e sparirà la contraddizione, che si trova nel conato colposo di un delitto. E l'esperienza, come risulterà dalle seguenti comparazioni, mostra, che si può presentare esemplarmente un omicidio non consumato (tentato) *doloso*, del pari che *colposo*. Se A con lo schioppo carico tira a B per ucciderlo, ma questi con un salto fortunato si sottrae al colpo in maniera, che la palla percuote nel muro, niuno dubiterà, che in questo caso non si debba ammettere un tentativo di omicidio doloso (premeditato, o precipitato). Or si ponga all'incontro, che A con uno schioppo carico, che egli suppone scarico, scherzi contro di B, minacciando di tirargli, e prendendogli la mira al cuore, e che stringa per modo, che lo avrebbe infallibilmente ucciso, se l'impaurito B non avesse fatto in tempo un salto, per cui la palla andò a percuotere fortunatamente nel muro. Or noi domandiamo, se qui non si presentano tutte le condizioni di un tentativo d'omicidio colposo,

(1) V. i miei saggi criminali tratt. 10. sopra il delitto consumato e tentato p. 239. e segg.

(2) Genesi del dir. di pun. §. 667.

(3) ibi §. 674.

(4) ibi §. 668.

o, in altre parole, d'un omicidio colposo non consumato per caso, come nella fattispecie anteriore s'incontrano quelle d'un tentativo di omicidio doloso? Ed in che, prescindendo dal *dolus* e dalla *culpa*, si dovrebbe far consistere la differenza fra l'uno e l'altro caso, e fondar la contradizione, che si asserisce in una *culpa adtentata*? S'immagini ancora quest'altro caso. A con una candela accesa, o con una pipa scoperta, entra in un magazzino di legname. Cade una scintilla sopra oggetti facilmente accendibili, i quali, senza che A se ne accorga, incominciano a bruciare; ma, prima che le fiamme si sollevino, B scopre il pericolo, e sopprime felicemente l'incendio. Non si presentano anche qui le condizioni di un tentativo colposo d'incendio? Questo incendio, che è rimasto casualmente incompiuto, si sarebbe potuto mal consumare, se non fosse stato incominciato? In questa parte Grolman (1) e Stübel (2) hanno certamente ragione, quando affermano la possibilità di un tentativo colposo punibile.

Secondo che la questione è diversa, quando si cerca, se esistano giusti motivi di sottoporre il tentativo colposo ad una pena criminale propriamente detta, come si fa del doloso. Si fatta questione potrebbe esser dubbiosa in que' casi, in cui la *culpa* (cioè la così detta negligenza immediata) confina col *dolus*, e sembra doversi giudicare con gli stessi principj. Il diritto comune non punisce i delitti colposi che per eccezione, e solamente allorchè ebbero un successo dannoso, cosicchè sieno da considerarsi per consumati secondo le massime, che governano le trasgressioni dolose. Ciò risulta dalle disposizioni legali, che contemplano l'omicidio colposo, l'incendio colposo, e la lesione corporale colposa nella L. 36. §. 1. D. de rei vind., L. 1. §. 3. l. 3. §. 2. L. 7. ad L. Corn. de sic. l. 31. D. ad L. Aquil., cap. 12. X. de omicidio, e negli articoli 134, e 146, della Carolina, e qui fa capo in particolar modo l'art. 178 della stessa costituzione, il quale per la punibilità del conato esige la cattiva volontà, cioè il dolo (3). Ma legislativamente ancora non si può dimostrar la necessità di una punizione criminale della *culpa adtentata*; avvegnachè il potere della polizia sia sufficiente a prevenire le azioni, che ad essa appartengono, ed

in tutti gli Stati bene ordinati le leggi di polizia minaccino effettivamente di pena gli atti, onde si può temere un danno, anche senza riguardare al successo. Fintantochè dunque le azioni di questa specie non producano alcuna vera lesione (cioè un danneggiamento), appartengono alla provincia delle semplici trasgressioni di polizia, ed assumono un carattere criminale solamente quando hanno (come accade nell'incendio, nell'omicidio, e nella lesione corporale) un ingiusto successo, comminato di pena pubblica. Ma allora si richiede, che il legislatore, per esser conseguente, tolga dal codice penale, ed inserisca in quello di polizia, la semplice occultazione della gravidanza e del parto per parte di una madre illegittima: reato, che da molti dottori è considerato come conato colposo d'infanticidio (4), e la cui penalità dipende solamente da motivi politici, come quello, in cui si prende assolutamente di mira la prevenzione degli infanticidi colposi, e che quindi appartiene ai *delicta juris civilis* (5).

In senso legislativo conviene di questi principj anche il Rossi (6), in quanto richiede per la punibilità della colpa un *mal materiel*, ovvero un *mal resultant d'un acte de negligence, qui retombe sur la société ou sur les individus d'une manière sensible*: con che viene ad escludere pienamente la *culpa adtentata* dal territorio del diritto penale.

### §. 3.

La partizione dei delitti in consumati e tentati si riferisce inoltre

III. non solo all'autore del delitto, ma ancora agli ausiliatori ed ai fautori di esso. Per vero dire Feuerbach (7), Martin (8), Bode (9), ed altri scrittori ne disconvencono: ma per motivi chiaramente insufficienti. Imperocchè l'affermare, che il tentativo di un'azione possa, secondo la sua idea, riferirsi soltanto al fatto dell'autore, è un'asserzione, la quale, giusta l'usocomune di favellare, manca di qualunque base: ed è parimente erroneo l'inferire, che, quando le premure ausiliari del *socius* costituissero

(4) Grolman l. c. conf. con Mittermaier nel nuovo arch. di dir. crim. t. X. p. 580. e seg.

(5) Hitzig giorn. t. VII. p. 93. e seg.

(6) Traité de droit pénal t. II. p. 22.

(7) Revis. del dir. pen. par. 2. p. 247.

(8) Elem. §. 82.

(9) Nel giorn. di Hitzig t. VIII. p. 61.

(1) Scienza del dir. crim. §§. 49. 147.

(2) Sistema di dir. pen. par. 2. §. 289.

(3) Konopke nell'autico arch. di dir. crim. t. IV. p. 40. e seg.

un *conatus delinquendi*, il soccorso per sè medesimo sarebbe un *delictum consumatum*, tantochè l'azione del *socius* si verrebbe a confondere con quella dell'autore. Imperocchè, se non si dovesse senza contraddizione far differenza fra la tentata e consumata attività dell'autore da un lato, ed il tentato e consumato soccorso dall'altro, comesi potrebbe dichiarar colpevole di un *conatus delinquendi*, rispetto all'atto di aiuto, quell'ausiliatore, che si adopera a sostenere un delitto altrui, occupandosi esempigrazia di distendere scritti sediziosi o riotosi, di fabbricar piccioni, grimaldelli, od altri simili arnesi, e viene interrotto nel corso della prestazione della sua delittuosa assistenza? E perchè, in contrapposto di un tal conato d'aiuto, non si dovrebbe parlare d'un aiuto consumato, allorchè l'attività dell'ausiliatore ebbe il successo pigliato di mira, cioè servì positivamente ad agevolare il delitto altrui, senza bisogno di ricercare, che il soccorso compiuto si framuti (1) in un delitto consumato dell'autore? Quindi a buona ragione da Mittermaier (2), da Rossier (3), e dall'art. 82. del codice penale bavaro, è stata riconosciuta la distinzione fra il soccorso consumato e tentato (dietro l'analogia della consumazione e del tentativo del delitto), e si è avuto riguardo al diverso grado della sua penalità, secondochè fu compiuto, o meramente intrapreso. Veramente Feuerbach (4) ha piantato in questo proposito un'altra partizione, cioè quella dell'aiuto prossimo e remoto: ma con tutto ciò il distinguerlo in consumato e tentato non è cosa menomamente superflua. La partizione in fatti di Feuerbach, secondo il senso delle parole usate, si riferisce sempre al soccorso compiuto.

Quello che si dice degli ausiliatori (*socii*) dee dirsi del pari de' favoreggiatori (*fautores*): i quali, secondochè furono loro mal grado interrotti nell'opera loro, o altresì la eseguirommo pienamente, si rendono colpevoli di tentato, o di consumato favoreggiamento.

E queste distinzioni non sono importanti solamente per la dottrina, ma ancora per la pratica. Imperocchè quando la dottrina, e il legislatore con essa, non riconoscono, od espressamente rigettano la distinzione fra soccorso consumato e

tentato (si dica lo stesso del favoreggiamento), non rimane al giudice altra scelta, che quella di applicare il *minimum* della pena legale, che contempla l'aiuto e il favoreggiamento compiuto, anche ai semplici sforzi di prestare l'uno o l'altro, od i dichiarare affatto impunito l'ausiliatore e il fautore, perchè l'effettivo soccorrere ed agevolare, di cui fanno parola le leggi, è diverso dalla semplice volontà di soccorrere e di agevolare. Ma l'uno e l'altro partito ripugna per altro ai generali principj del dritto, non meno che all'analogia del tentativo delittuoso dell'autore. Mentre la dottrina e il legislatore non si possono dispensare da questa distinzione, appena occorre notare, che per la penalità del soccorso e del favoreggiamento tentato è sempre necessaria un'azione esterna, la quale dimostri la fugustia intenzione dell'agente.

#### §. 4.

La partizion dei delitti in consumati e tentati si riferisce di più

IV. non solo all'autor fisico del fatto, ma ancora all'autore psicologico (morale, intellettuale). Or siccome autore psicologico del fatto, od instigatore, si chiama colui, che scientemente ed intenzionalmente ha determinato la volontà di un'altra persona (cioè del successivo agente fisico) a commettere una certa azione delittuosa; così dovrebbe ammettersi un conato punibile d'instigazione, ognorachè il seduttore abbia procurato di determinare la volontà di un'altra persona ad eseguire un dato delitto, e non sia riuscito a determinarla (5). Ma che in tal modo non rimanga tirata con la necessaria precisione la linea di confine fra l'instigazione consumata e tentata, è oggidì riconosciuto quasi generalmente. E la debolezza di questa teorica apparisce chiarissima, quando si prendono a decidere queste due capitali controversie, cioè: 1) se, e quanto l'instigatore si possa punire, allorchando avanti l'esecuzione del delitto ritrattò seriamente l'ordine, il mandato, il consiglio ec., e ciò non ostante il delitto fu commesso: e 2) viceversa quando l'instigato liberamente desistè dall'esecuzione del delitto. In questi due casi si dovrà ammettere un'instigazione consumata, o meramente tentata? E quando sia meramente tentata, qual grado di tentativo dovremo riconoscer vi? Intorno a sì fatte quistioni sono

(1) V. i miei saggi p. 265 e seg.

(2) Nuovo Arch. di dir. crim. t. I. p. 179.

(3) Elem. §. 31.

(4) Elem. §. 51. Revis. p. 245. Conf. col giorn. di Hitzig t. II. p. 115. 123. e seg.

(5) Mittermaier nel nuovo arch. di dir. crim. t. I. p. 178.

tuttora dirse le opinioni de' criminalisti.

Nel primo caso si ammette comunemente unsemplice reato d'istigazione, e si afferma, che l'istigatore, secondo i principj che governano la desistenza volontaria del fisico autore del tentativo, non si possa punire nemmeno di quello. Ma contro si fatta teorica furon già sollevati gravissimi dubbj da Feuerbach (1), Primieramente in fatti qui non si può asserire, che esista quella *res integra*, che si richiede per la impunità del fisico autore, e così per analogia anche per quella dell'autore psicologico. Poesia Feuerbach osserva, che l'istigatore, per mezzo della propria attività, ha eccitato la volontà o le disposizioni altrui, e fatto nascere il delitto in una guisa colpevole, talchè il fatto commesso gli può essere, non ostante la sua ritratta, almeno imputato a colpa. In sostegno di questa opinione si può segnatamente ricorrere a dire, che in certe circostanze anche il fisico autore, ad onta della sua volontaria desistenza, e della impunità procuratasi con essa, può soggiacere per altro alla pena di un delitto colposo: come avvenne, a ragion d'esempio, di quel delinquente, che fu punito d'incendio colposo, perchè spese così incautamente i materiali, a cui aveva applicato il fuoco, che il bruciamento, non più voluto, ebbe luogo (2). Non si dovrebbe analogamente affermare il medesimo anche dell'istigazione?

Se non che fa di mestierl' osservare all'inccontro, che, secondo il diritto comune almeno, non si dà colposa istigazione punibile (3), e che la possibilità di punire per via di colpa di fisico autore, che volontariamente desiste dal delitto, dipende dall'esistenza di una legge particolare, che minacci di pena anche il delitto, che non fu pigliato di mira, il che accade solamente per eccezione (§. 2). Or se si parte dal naturale principio, che la consumazione dell'istigazione non richiede altro che la determinazione della volontà altrui a commettere una certa azione delittuosa; se si osserva, che, quando la volontaria ritratta dell'istigatore rimase infruttuosa, non esiste più la *res integra*, onde le massime della volontaria desistenza del fisico autore non

gli si possono analogamente applicare; e se finalmente si considera, che l'istigatore non può essere più dolcemente giudicato secondo le regole della colpa, perchè non è riconosciuta alcuna punibile attività dell'autore intellettuale pel capo dell'inavvertenza; si potrebbe tirare la conseguenza, che l'istigatore, per via dell'istigazione da lei consumata, dovesse soggiacere all'istita pena legale. Se le promesse, dalle quali deriva questa conclusione, abbiano, o no, ferma base non lo indagheremo ancora, ed accenneremo semplicemente, che l'art. 71. del nuovo progetto di Württemberg ha preso una via di mezzo fra l'impunità dell'istigatore, sostenuta da molti giuristi, e la piena punibilità del medesimo, sottoponendo in questo caso l'istigatore alla pena del tentativo non terminato (*conatus proximus*), e dichiarandolo affatto esente da pena, quando egli distornò effettivamente il delitto istigato, o tempestivamente lo denunciò all'autorità competente, perchè solamente in questi casi abbiamo la *res integra*. Ma, se questa media teorica sia fondata sopra un'idea precisa della consumazione e del tentativo dell'istigazione, è una ricerca da ventilarsi dopo che avremo esaminato la seconda questione proposta di sopra: vale a dire se, e quanto sia da punirsi l'istigatore, quando l'istigato si ritrasse liberamente dall'esecuzione del delitto, a cui era stato determinato. La decisione di questa disputa condurrà a riconoscere esattamente ciò che appartiene alla consumazione ed al tentativo dell'istigazione; perocchè le conseguenze esorbitanti, che discendono da un principio, rendono sospetto il principio medesimo, e guidano sempre più sicuramente al ritrovamento del vero.

Molti giuristi negano ancora in questo caso la punibilità dell'istigatore, perchè sarebbe un controsenso il parlare dell'autore intellettuale d'un delitto, che non fosse avvenuto: e questa è pure l'idea del diritto penale francese (4). Ma in questo hanno torto; perchè l'asserita contraddizione è solamente apparente. Se in fatti all'espressione di autore intellettuale si sostituisce quella equivalente d'istigatore, non è più contraddittorio il parlare di un'istigazione attornita, o ad un altro delitto, ancorchè la illecita azione non avvenga, o in virtù del libero impulso dell'istigato, o contro sua volontà. In fatti come osserva giustamente Oer-

(1) Critica del progetto di Kleinschrod par. II. p. 144.

(2) Nuovo arch. di dir. crim. t. VI. p. 62.

(3) Neppure le legislazioni moderne riconoscono la punibilità della medesima. Conf. i motivi del progetto di Württemberg p. 39.

(4) L'égrevend *Traité de la législation crim. en France 1846*. t. I. p. 97.

sted (1), l'azione, per cui è da punirsi l'autore intellettuale, non è l'esecuzione del delitto, la quale si punisce piuttosto nel fisico autore ma bensì l'istigazione, per la quale nient'altro si richiede che la determinazione dell'altrui volontà all'esecuzione di un fatto delittuoso. 2) Oltracciò la teorica, alla quale ci opponiamo, prova troppo, e conseguentemente non prova nulla. Imperocchè a tenore di essa bisognerebbe dichiarare impune l'istigatore non solamente nel caso di volontaria, ma ancora di costretta desistenza del fisico autore istigato; avvegnachè neppure in questo caso il delitto venga realmente compiuto. E da ciò deriverebbe la esorbitante conseguenza che, mentre l'istigato soggiacerebbe alla pena del conato, l'istigatore che di lui si serve come d'uno strumento, andrebbe impunito. Finalmente 3) si dovrebbe pur convenire della possibilità in generale di un conato punibile d'istigazione; perchè colui, che ha fatto uso di tutti i mezzi di seduzione, che erano in suo potere, ad effetto di determinare la volontà di un altro ad un atto delittuoso, e non vi è riuscito, si è reso incontestabilmente colpevole di un conato punibile d'istigazione, ancorchè il delitto pigliato di mira non sia stato commesso (2). Imperocchè l'istigazione, l'aiuto, e il favoreggiamento hanno questo di comune fra loro, possiedono un'essenza di fatto per se stante, cioè indipendente dalla consumazione del fisico autore, in quanto che la loro idea e la loro penalità non esige l'esistenza di tutti i caratteri del fisico autore, nè la consumazione del delitto medesimo, tantochè esempgrazia anche in un omicidio frustrato (*delictum perfectum homicidii*), od in un altro delitto meramente intrapreso (*conatus proximus, o remotus*), gli istigatori, gli ausiliatori, ed i fautori sono punibili insieme col fisico autore (3).

Se si prendono a contemplare insieme riunite le ragioni sviluppate sinora, si vede, che esse servono non solamente a confutare evidentemente l'affermata impunità dell'istigatore nel caso, in cui l'istigato desiste volontariamente dal delitto, a cui si era lasciato determinare, ma fanno ancora conchiudere, che l'istigatore dee soggiacere all'intera pena

della legge. Che altro in fatti si potrebbe richiedere a dichiarar consumata l'istigazione, se non che la effettiva determinazione della volontà altrui a commettere un reato, quando in questo punto si trova compiuta l'attività dell'istigatore, e quando ogni assistenza prestata all'esecuzione delittuosa convertirebbe lui medesimo in ausiliatore, od in fisico coautore? Tuttavolta nemmeno questa teorica merita approvazione. Imperocchè per quanto possa esser grande la punibilità d'un istigatore, ripugna per altro a tutte le massime giuridiche, desunte dalla misura penale obiettiva, il sottoporre alla pena capitale l'istigatore d'un omicidio, quando l'istigato si è volontariamente ritratto dall'esecuzione di questo delitto. Vediamo dunque, se la pratica germanica seguiti una giusta norma, riconoscendo una teorica, che tiene il mezzo fra l'impunità e la lutera punibilità dell'istigatore, cioè sottoponendolo alla pena del conato compiuto (*delictum perfectum*) d'istigazione (4). Questo principio è appoggiato effettivamente alle più forti ragioni. In fatti 1) l'analoga del tentativo compiuto, ossia del delitto frustrato del fisico autore, è pienamente applicabile allo scopo fallito dell'istigatore, in quanto che questi ha fatto per parte sua tutto quello, che si richiedeva a produrre il delitto, e non ostante, in sequela della posteriore desistenza volontaria dell'istigato, non ha conseguito il suo fine. Il punto di vista obiettivo della penalità, il quale predomina nel diritto criminale germanico, e per cui il principio « *in maleficio voluntas spectatur non effectus* » non si può applicare ne all'autore intellettuale, nè al fisico, e finalmente 3) la disposizione delle leggi romane e germaniche, le quali vogliono egualmente punire l'autore intellettuale ed il fisico, presuppone, che il delitto istigato sia stato realmente compiuto, cioè non solamente intrapreso, ma ancora consumato. Così esempgrazia l'art. 107 della Carolina dispone della pena dello spargimento, ed aggiugne: « *Tum et is, qui eiusmodi periuros sciens volensque dolo et fraude instruit, similem poenam tuat* », cioè la medesima pena, che colpisce il fisico autore del già commesso spargimento. Parimente la L. 15. pr. D. ad L. Corn. de sic. dice: « *Nihil interest occidat quis, an mortis causam praebeat* », cioè soggiace a pena eguale, e chi uccide, e chi fa uccidere per mezzo di un altro.

(1) Nuova contribuzione p. 119. c seg.

(2) Mittermaier nel nuovo arch. di dir. crim. I. I. p. 178.

(3) Rosshirt Sviluppo p. 64. V. Anche il suo giornale I. IV. fasc. 3. p. 297. — Motivi del progetto di Württemberg p. 51.

(4) Hitzig Giorn. t. X. p. 288. — Bauer Osservaz. sul prog. di Anover par. I. p. 477. conf. con Mittermaier I. c. p. 178.

A tenore di questa teorica, la quale, in virtù delle due ragioni in primo luogo esposte, è commendevole anche in senso legislativo, si richiede per la consumazione dell'instigazione la contemporanea esistenza di queste due condizioni: che cioè 1) l'instigatore abbia realmente determinato la volontà di un altro a commettere un delitto, e che 2) in sequela di questa instigazione il delitto instigato sia stato realmente consumato. Se manca la prima, vale a dire se l'instigatore non ha determinato l'instigato; o se esiste la prima e non la seconda, vale a dire se l'instigato ha volontariamente rinunciato al delitto, o ha dovuto desistere dalla consumazione di esso, in guisa che non è stato oltrepassato il tentativo del fatto criminoso; si potrà sempre ammettere un conato d'instigazione. Imperocchè una volta che la consumazione dell'instigazione si lega con la effettiva consumazione del delitto instigato; per esser conseguenti bisogna ammettere un tentativo d'instigazione, ognorchè l'attività del fisico autore instigato non giunge che fino al conato. A tenore di ciò (seguitando l'analogia del *delictum perfectum* considerato nel fisico autore) si dovrebbe condannare l'instigatore alla pena del *delictum perfectum*, quando l'instigato o volontariamente si ritrasse *re integrata* dalla commissione del delitto, o rimase entro i confini di un semplice conato. Imperocchè in amendue i casi lo scopo dell'instigatore è fallito, e si può ad essi applicare con piena analogia l'idea del delitto frustrato del fisico autore. Allorquando all'opposto l'instigatore ha fatto uso per parte sua di tutti i mezzi di seduzione per determinare l'altrui volontà ad un delitto, ma non è riuscito nel suo divisamento, si presenta in vero anche in tal caso un conato punibile d'instigazione, ma in un grado molto inferiore di penalità, perchè delle due condizioni, che si richiedono a dichiarar consumata l'instigazione, non se ne presenta qui neppur una: ed il decidere allora, se il seduttore debba soggiacere alla pena del conato prossimo, o del remoto, dipende dalla qualità e dalla quantità della sua attività criminosa.

Cerchiamo adesso, qual influenza eserciti la volontaria ritratta dell'instigatore sopra la sua punibilità, quando l'instigato consumò non ostante il delitto. Se qui pure si giudica l'instigatore, o l'autore intellettuale, secondo l'analogia del fisico autore, sembra a prima vista, che si debba dichiarare impunito; avvegnachè avanti la piena esecuzione del delitto,

e così *re integra*, cioè in un tempo; in cui era punibile solamente di tentativo, abbia volontariamente e seriamente ritrattato il mandato, il consiglio, o il comando delittuoso. Ma questa analoga applicazione dell'art. 178 della Carolina si può malagevolmente ammettere; perchè per l'impunità del fisico autore, che volontariamente desista, si esige, che la sua ingiusta attività sia rimasta senza successo di sorta. La qual presupposizione qui non si adatta all'instigatore, perchè il delitto, che egli instigò, e che poi ritrattò senza frutto, fu realmente eseguito; e questo esequimento è da incolpargli, in quanto che egli non potè riparare al male, di cui fu cagione. Laonde non si potrebbe parlare d'impunità dell'instigatore, che quando egli distornò effettivamente la commissione del delitto, o tempestivamente denunciò all'autorità il criminoso progetto, perchè solamente allora si presenta, rispetto a lui, la *res integra*. In caso diverso egli è punibile; ma se di consumata, o di tentata instigazione, potrebbe esser dubbio. Dove in fatti si parla dalla teorica, superlormente riconosciuta per giusta, a tenor della quale la consumazione dell'instigazione richiede la rinviata esistenza della effettiva instigazione medesima, e della piena esecuzione del delitto instigato, onde la punibilità dell'autore intellettuale vien determinata dal grado di quella del fisico autore; fa di mestieri, per esser conseguenti, dichiarare in tal caso l'instigatore come colpevole di consumata instigazione, e quindi sottoporlo all'intera pena legale. Ma quando si riflette all'opposto, che secondo i generali principj giuridici la punibilità dell'instigatore viene grandemente abbassata dal pentimento effettivo, dimostrato da lui avanti la piena esecuzione del delitto, e così mentre l'instigazione non usciva ancora dai limiti di semplice tentativo, si vede che l'intera pena legale non è applicabile e che perciò si può solamente disputare, se questo autore intellettuale debba soggiacere alla pena del *delictum perfectum*, od a quella d'un conato remoto. A sostegno della prima opinione si potrebbe dire, che la commissione del delitto ebbe la sua radice in una colpa sì grave dell'instigatore, che il pentimento dimostrato da lui non giunse a sopprimere le conseguenze nocive della medesima. Ma se d'altra parte si osserva, che secondo le cose ragionate di sopra, l'instigatore incorre nella pena del *delictum perfectum* quando senza sua cooperazione desiste l'instigato dalla commissione del

delitto, apparisce facilmente, che sarebbe manifesta ingiustizia il sottoporlo alla medesima pena anche quando egli, tuttochè senza frutto, ha procurato di distornare le conseguenze pregiudiziali della sua instigazione, e rimane così giustificato in questo rispetto il disposto nel nuovo progetto di codice penale di Württemberg.

Tutti questi teoremi, relativi alla consumazione e al conato dell'instigazione, ed alla loro penalità, sempre secondo il grado di quella del fisico autore, declinano essenzialmente dai corollarij, che a tenore delle osservazioni già fatte si potrebbero dedurre dall'idea dell'instigazione, alla quale si attiene anche Oersted: ma la considerazione dovuta al diritto materiale, vale a dire ad una giusta misura penale, che discenda dalla connessione del modulo obiettivo e subiettivo, vince quella contraddizione meramente esteriore e formale. Sarebbe dato per altro di camminare con maggior sicurezza, se si abbandonasse la via finora seguita dall'analoga applicazione delle regole, che riguardano il fisico autore, e si giudicasse l'instigazione secondo principi per sè stanti; perocchè il presupporre, che l'instigatore debba in tutti i casi riputarsi punibile alla pari del fisico autore, manca intieramente di base. Ma lo sviluppo di queste idee lo riservo a più opportuna occasione.

### §. 5.

La partizione dei delitti in consumati e tentati si riferisce finalmente

V. ai delitti di commissione di ogni specie, in quanto sieno comminati di una pena pubblica (§. 1.), e non escludano per motivi particolari la possibilità di un conato. Su questa regola si è generalmente d'accordo: ma sull'estensione delle sue eccezioni, e sul principio, che le determina, le opinioni proseguono a mantenersi molto divise. Il che, parte dipende da uno scambio intorno all'essenza del conato, parte da una massina erronea rispetto alla consumazione di certe azioni delittuose, parte finalmente dalla controversia tuttora perseverante sulla punibilità del così detto conato remoto. Qui noi dobbiamo partire dal principio piantato nel §. 2., che nullo delitto può esser consumato, se prima non fu incominciato, e che perciò ogni delitto consumato inchiude in sè stesso il tentativo, o, per usar la espressione del Romagnosi, lo assorbe. Benchè non sia d'alcuna impor-

tanza il distinguere nel consumato delitto i gradi del criminoso intraprendimento, che formano un elemento integrante di esso, avvegnachè il conato non possa nella consumazione particolarmente punirsi; nel caso per altro d'interruzione dell'attività delittuosa, cioè dal primo passo fino all'ultimo, onde vien consumato il delitto, si presentano diversi gradi di conato, e tanto più decisi, quanto sono maggiori e più molteplici i mezzi, che si richiedono per arrivare all'ingiusta meta.

1) Queste riflessioni confutano di per sè l'opinione frequentemente ripetuta, che non possa darsi conato di alto tradimento, semprechè alla consumazione di questo delitto non si esigano dei caratteri, che la rendano assolutamente impossibile: il che per altro e sarebbe contraddittorio all'idea dell'alto tradimento, e produrrebbe una vera petizione di principio. Siccome io ho già sviluppato in altro luogo la mia maniera di vedere su di questa materia (1), e l'ho trovata profondamente e chiaramente spiegata in un parere del collegio decidente dell'università di Heidelberg dell'anno 1834; così posso rinviare a sì fatti lavori, e risparmiarmi qualunque più estesa illustrazione, tanto più che tutte le moderne legislazioni nell'alto tradimento, e nel tradimento del paese, distinguono la consumazione dal conato, non solo per l'idea, ma ancora per la penalità. Noterò bensì, che quei codici e progetti di codici, che in generale dichiarano esenti da pena gli atti preparatorj di un delitto, sono costretti ad ammettere per eccezione un conato remoto punibile nell'alto tradimento (§. 6.).

2) È anche più specioso l'affermare, che tutti i delitti commessi nell'affetto, esempigrazia l'omicidio precipitato, del pari che quelle azioni punibili, che si eseguono rapidamente, e senza particolari preparazioni, come l'esposizione degli infanti, debbano escluder l'idea, e la penalità di un conato. Questa teorica, stabilita da Mittermaier (2), ha trovato dei difensori rispetto all'omicidio precipitato, cioè risoluto ed eseguito nell'impeto, in Pratobevera (3), in Egger (4),

(1) Contribuzioni al delitto di alto tradimento tratt. I.

(2) Nuovo arch. di dir. crim. I, IV. p. 17. t. X. p. 542.

(3) Materiale per la pratica legale negli Stati Austriaci t. VI. p. 338.

(4) Dell'omicidio premeditato, Vienna 1816 §. 18.

in Jarekò (1), ed in Pellegrino Rossi (2). Dietro questa dottrina il così detto tentativo terminato (*delictum perfectum*) di omicidio precipitato, in cui l'agente non raggiunse che imperfettamente il suo fine, dee punirsi piuttosto come lesione corporale consumata: laddove all'incontro nel così detto conato omniamente frustrato di omicidio precipitato (come se la pistola di A non prese), nel così detto conato prossimo dello stesso delitto (come se A con la pistola carica, e col cane alzato, sta di rimpetto a B, e viene impedito dal portare più oltre la sua criminosa attività), e finalmente nel conato remoto del suddetto reato (come se A ha già tirato fuori il coltello, per avventarsi contro B) non dee potersi immaginare tentativo punibile, nè di omicidio precipitato, nè di lesione corporale. Nella medesima guisa anche l'esposizione degli infanti, comechè sia un'azione, che si commette senza particolari preparazioni, dovrebbe escludere la possibilità di un tentativo punibile; perocchè, come osserva Mittermaier, fino all'ultimo momento della effettiva esposizione del fanciullo la risoluzione della madre è incerta, e tanto meno si può parlare di punibili preparazioni di esporre, in quanto che il recarsi al luogo della esposizione può anch'essere ad oggetto di passeggiare. Se non che tali ragioni non sono vittoriose: ed a buon diritto perciò Martin (3), Tittmann (4), Bauer (5) Heffter (6), ed altri, si sono dichiarati contro questa teoria, riconoscendo così nell'omicidio precipitato, come nella esposizione degli infanti, ed in simili delitti, un conato punibile. A favore di questa opinione mi sono manifestato anch'io in un altro luogo (7), dove ho specialmente confermato l'acuta teoria del Romagnosi intorno al delitto tentato. Se in fatti si prendono primieramente in esame le ragioni, per cui si nega un conato punibile nel delitto rapidamente commessi, senza particolare apparecchio, e che confinano con quelli, che si eseguono nell'affetto; si scopre di leggieri, che esse non sono dimostrative, perchè provano troppo, e che dipendono dal non volere ammettere in generale un conato remoto punibile

le (§. 8). Imperocchè quando è dimostrato (e questa è la condizione della punibilità del conato di genere), che la madre fu impedita suo mal grado di eseguire l'esposizione, che si era proposta, non si può trattare, giuridicamente parlando, nè di risoluzione incerta, nè di semplice passeggiata. Altrimenti si dovrebbe negare in generale la punibilità del conato; perocchè fino all'ultimo passo, che conduce alla consumazione del delitto preso di mira, è sempre possibile che l'agente abbia potuto titubare. Ma quando le semplici possibilità bastassero ad impedire l'esercizio del diritto di punire, si arriverebbe quasi al punto di abolire la giustizia criminale. Queste ragioni potrebbero riputarsi sufficienti a confutare la sopraddetta teoria: contro la quale per altro parlano con forza anche maggiore quegli argomenti, che provano la possibilità di un conato anche nei delitti commessi nell'affetto. Per combattere una tale possibilità, segnalamente nell'omicidio precipitato, si possono in vero addurre dei motivi di qualche peso: ma la seguente disamina mostrerà, che sono solamente apparenti.

A decidere questa gravissima controversia fa di mestieri in primo luogo cercare, se l'affetto escluda l'*animus occidendi*, o se escluda in genere il dolo, di cui l'*animus occidendi* non è, che una particolare direzione, o qualità. Sembra, che Mittermaier (8) affermi la seconda cosa. Dietro l'opinione di lui lo stato psicologico dell'agente nell'impeto confina più con la colpa, che col dolo: ed anche più determinatamente ha detto Feuerbach, che nell'omicidio precipitato non si può ammettere propriamente che una inavvertenza, in quanto che la punibilità del medesimo consiste nel difetto di resistenza agli affetti. Or siccome non si dà in genere una *culpa adtentata* (§. 2), così nei delitti commessi nell'affetto, come trasgressioni meramente colpose, dee negarsi la possibilità d'un conato punibile, esempligrizia d'omicidio precipitato, ognorachè l'ingiusta aggressione sia rimasta senza successo. Ma Feuerbach asserisce manifestamente troppo, vale a dire nulla. Imperocchè tutti quanti i delitti commessi nella passione si potrebbero così con diritto riporre nella categoria delle trasgressioni colpose, avvegnachè la loro punibilità ancora consista nel difetto di resistenza alle passioni: e così verrebbe a mancare la possibilità

(1) Instituz. parte III. p. 247.

(2) Traité de droit pénal II. 31.

(3) Elem. §. 122. nota 1. §. 133. nota 2.

(4) Instituz. p. II. p. 34.

(5) Elem. §. 67. nota a. §. 169. nota b. 2. ediz.

(6) Elem. §. 241. §. 272.

(7) V. i miei saggi tratt. 10. p. 291 — 297.

(8) Nuovo arch. di dir. crim. t. VIII. num. 11. t. X. p. 453.

di punire i più numerosi ed i più gravi delitti. Aristotele enumerò già fra i doli i delitti commessi nell'affetto, e certamente a buona ragione (1). Imperocchè 1) la coscienza dell'ingiustizia dell'atto, benchè turbata ed indebolita, rimane pur sempre nella persona, che opera anche nel massimo affetto, la quale non si scuserà giammai col dire, che stimò conforme al diritto la sua azione, ma solamente adducendo di non aver saputo resistere agl'impulsi, che la eccitarono alla medesima (2). Oltre di che 2) la risoluzione di eseguire il commesso delitto non rimane esclusa dall'affetto, nè secondole manifestazioni riconoscibili dell'animo umano, nè secondo l'esperienza; la quale anzi ne ammaestra, che alcuni delinquenti di buona natura assicurano di essersi sentiti liberi e non costretti. E che in generale l'uomo sia in grado di rinunziare per motivi razionali alla risoluzione formata nell'affetto, è una delle massime perennali incontroverse. Per lo che i requisiti essenziali del dolo, cioè la coscienza dell'illiceità dell'atto pigliato di mira, e la volontà di commetterlo, si presentano indubitabilmente ancora nei delitti commessi nell'affetto; in conformità di che la Carolina nell'art. 137 annovera l'omicidio d'impeto fra gli omicidj volontari, che distingue in premeditati e precipitati, mentre parla dei colposi negli art. 134 e 146(3). Ma ciò che vale per l'omicidio precipitato, cioè proveniente dall'impeto degli affetti, dee parimente valere anche per gli altri delitti, commessi nello stesso stato dell'animo. Quindi l'impeto, a tenore dell'art. 137, può aver solamente l'effetto di abbassare considerabilmente, di fronte alla premeditazione, il grado della penalità dell'agente, ognorachè il giudice non sia legato da una legge penale determinata. Laonde il dolo si è diviso anche dai moderni in premeditato, ossia *ex proposito*, ed in precipitato, ossia *ex impetu*, e si sono intese dipendenti da questo le violazioni intenzionali della

legge penale, che provengono dall'affetto. Che se nell'omicidio precipitato si volesse indefinitamente negare l'*animus occidendi*, si urterebbe nello scoglio di allargare pericolosamente ed illegalmente la sfera dell'omicidio premeditato; perchè i tribunali sarebbero costretti a punire come autore di questo il delinquente, che fosse confesso o convinto di avere avuto l'*animus occidendi*.

La nostra deduzione non dee già dimostrare, che nell'omicidio precipitato esista sempre e necessariamente lo speciale *animus occidendi*, ma solamente che vi possa esistere, tanto secondo la natura dell'affetto, quanto secondo l'esperienza; e così, avuto riguardo alla diversa intenzion dell'agente, fa d'uopo distinguere con Feuerbach (4), con Bauer (5), e con altri scrittori, due casi separati di omicidio precipitato; l'uno cioè, in cui l'agente ebbe l'*animus occidendi*, e l'altro in cui si presentò solamente un dolo eventuale, od alternativo, che suole intervenire frequentemente nello stato di affetto (6). Ora, che nel primo caso, ogni qual volta l'agente fu impedito suo mal grado dall'effettuar pienamente la sua intenzione, si debba ammettere un conato, come si ammette nell'omicidio premeditato, non può soggiacere a dubbio ragionevole. Ma la cosa è diversa nel secondo caso. Imperocchè, siccome qui l'intenzion dell'agente non fu diretta all'omicidio determinatamente, ma solo indeterminatamente (eventualmente, o alternativamente); così con l'ammettere un tentativo di omicidio precipitato si verrebbe a giudicare, che l'intenzion dell'agente fosse stata diretta determinatamente ed esclusivamente all'uccisione: il che sarebbe tanto meno razionale, in quanto che nel diritto criminale il grado decisivo della penalità non è quello incerto più elevato, ma bensì quello certo più basso. Poichè pertanto il dolo indeterminato racchiude di sua natura in sè stesso anche l'*animus vulnerandi*, per cui la lesione corporale si distingue subiettivamente dal tentativo di omicidio, ed il giudice criminale non può quivi ammettere un conato di omicidio precipitato, perchè l'intenzion dell'agente non era diretta, nè determinatamente, nè esclusivamente all'uccisione; viene a risultare, che nel dolo indeterminato, giuridicamente considerato, non si

(1) Ethic. V. 41.

(2) Mittermaier Nuovo Arch. di dir. crim. t. II. p. 531. t. VII. p. 575—Feuerbach Revisione del dir. pen. par. II. p. 161 — 66.

(3) Martin Elem. §. 112. oss. 4. Meister Riflessioni pratiche par. II. p. 243. Anche Baer, Elem. §. 166, nota, che sebbene dalla disposizione dell'art. 138 confrontato con l'art. 149 risulti, che la Carolina sotto l'omicidio (*Todtschlag*) comprenda ancora il colposo, per altro l'art. 137 dimostra, che v'è intesa principalmente l'uccisione procedente dall'affetto.

(4) Elem. §. 217.

(5) Elem. §. 166.

(6) Feuerbach Elem. §. 59. oss. a. Critica del progetto di Kleinschrod par. I. p. 41.

possono applicare altri principj, che quelli della lesione corporale consumata, o tentata. Questa maniera di vedere adunque declina da quella di Mittermaier, in quanto che 1) in una specie di omicidio precipitato riconosce un tentativo di questo delitto, e 2) negli altri casi un tentativo punibile di lesione corporale. Secondo Mittermaier all'incontro, o l'agente dee soggiacere alla pena della lesione corporale, o dee rimanere affatto impunito. Ma effettivamente non si sa comprendere, per qual ragione l'affetto debba escludere la possibilità in un conato, sia pur questo di omicidio, o di lesione corporale. Nessun delitto in fatti, come ha segnatamente osservato anche il Romagnosi, può esser consumato, se prima non fu incominciato: nè lo stato di affetto può formare un'eccezione da questa regola.

Si dice in contrario, che nell'agente nello stato di affetto la risoluzione, le preparazioni, e l'uso dei mezzi apparecchiati, si combinano quasi in uno stesso momento; onde riesce impossibile separare per ragion di tempo questi gradi di attività, per arrivare in tal modo ai diversi gradi del conato. Ma questa obiezione è più apparente, che reale. Prescindendo in fatti dal considerare, che ancora nell'omicidio precipitato può aver luogo una riflessione, così rispetto ai mezzi, come all'esecuzione, senza che per questo l'azione si converta in omicidio premeditato, purchè il tutto avvenga mentre l'affetto persevera (1); prescendendo dal considerare, che l'affetto, in qualche caso di eccezione, può essere di non breve durata, onde fra la preparazione e l'esecuzione interceda uno spazio considerabile di tempo (2); per altro, anche quando la risoluzione, la preparazione, e l'esecuzione sieno l'opera quasi di uno stesso momento, i diversi gradi di attività, che conducono alla consumazione del delitto, appariscono sempre separati, tantochè il delinquente viene spesso interrotto nel corso dell'opera criminosa. E mediante questa interruzione rimane impedita per modo la continuazione del delitto, che l'attività interrotta si presenta in un momento separato di tempo, come si vede dagli esempj riferiti in principio di questo paragrafo (\*).

Finalmente, secondo Martin (3), anche quei delitti, che sono consumati per la semplice forma dell'azione, e indipendentemente dal successo, dovrebbero escludere la possibilità di un conato. Questa opinione pure è pienamente confutata dalle ragioni sviluppate sinora, e dipende solamente dal confondere la ricerca dell'estensione del tentativo in genere con un'altra questione, di cui toccheremo più sotto nel §. 6.

Se adesso ci piace di raccogliere le conseguenze delle indagini, sino a questo punto istituite, noi vediamo, che nè l'alto tradimento, nè i delitti commessi nell'affetto, o in uno stato simile all'affetto, nè finalmente i così detti delitti formali, fanno un'eccezione dalla regola stabilita di sopra; avvegnachè anch'essi possano ammettere l'idea di un conato punibile. Vanno solamente eccettuali da questa regola, come ha osservato ancora il Romagnosi (4), quel delitti, che si preparano semplicemente nell'interno, e si eseguisciono con la parola, come accade nelle ingiurie verbali, in certi casi di lesa venerazione della maestà, e nella bestemmia. Imperocchè le cogitazioni e le risoluzioni, fintantochè non si manifestano, sono impuniti. Ed in questa eccezione io mi son professato altra volta del sentimento di Mittermaier (5). Sul fondamento bensì della medesima non si è generalmente d'accordo; perchè d'ordinario si è detto, che le ingiurie verbali non ammettono tentativo punibile, perchè appartengono al *delicta privata* del diritto romano (§. 1). La qual ragione, benchè vera in sè stessa, è per altro insufficiente; perocchè da una parte anche le ingiurie verbali pubbliche, le quali si debbono castigare *ex officio*, del pari che gli oltraggi detti alla maestà, non ammettono conato punibile, il quale altresì rimarrebbe escluso, ancorchè il di-

logicamente escogitabile, non dovrebbe parere cosa dubbiosa. Forse la ragione precipua, per cui secondo la giurisprudenza di molti paesi, e secondo i principj legislativi, quel tentativo non sembra punibile, si dee cercare nella politica criminale: la quale non trova pericoloso il lasciare impunita un'esecuzione delittuosa, incominciata nell'impeto, e rimasta interrotta; perchè l'esperienza dimostra, che l'animo commosso suole abbandonare, appena calmato, ogni desiderio di uccidere, e spesso benedire alle cause, che hanno impedito la consumazione N. d. T.

(3) Elem. §. 49 nota 2.

(4) Genesi del dir. di punire §. 668-72.

(5) Saggi tratt. X. p. 301.

(1) Pratobevera Materiali t. I. p. 282.

(2) Mittermaier e Zachariae Giorn. crit. t. I. p. 226. Nuovo arch. di dir. crim. t. X. p. 291. Feuerbach Esposizione ec. ec. parte I. num. 14.

(\*) Che il tentativo di omicidio d'impeto sia

rilto romano avesse riposto le ingiurie verbali fra i *delicta publica*. Quindi la ragione interna ed essenziale dell'eccezione vuoi si distinguere da quella semplicemente esterna e casuale, e riporre nella pubblica opinione, la quale giudica, se esista, o no, la violazione dell'onore, e che non trova questa violazione medesima nella semplice volontà d'ingiuriare, non seguita dall'atto ingiurioso. D'altra parte bensì la pubblica opinione riconosce come ingiurie consumate certi atti preparatorj d'ingiuria reale, come l'alzare il bastone in atto di percuotere alcuno; onde conseguita; che, avuto riguardo alle idee popolari, declinive in questa materia, non si possa parlare di conato d'ingiurie nemmeno nei casi di questa specie. In una parola, quando l'ingiuria, di qualunque sorta ella sia, si consuma con la prima azione esteriore, non ammette conato punibile; perciò la semplice volontà d'ingiuriare, tanto in virtù del principio romano « *cogitationis poenam nemo patitur* », quanto in virtù della pubblica opinione, non si può criminalmente perseguire.

### §. 6.

Indagata l'estensione del tentativo punibile, cercheremo adesso, se in quei delitti, che in generale lo ammettono, e che formano la regola, si presentino i tre gradi comunemente riconosciuti del medesimo, cioè il *delictum perfectum* il *conatus proximus*, e il *conatus remotus*. Anche una tal questione è del numero delle controversie. Se, per deciderla, uno si attiene all'idea ordinariamente stabilita del tentativo terminato (*delictum perfectum* — *delictum inchoatum* — *delictum frustratum*), a tenore della quale il conato diceasi compiuto allorché l'agente ha fatto per parte sua tutto quello, che si richiedeva a produrre il successo pigliato di mira, il quale per altro o non è avvenuto affatto, o non è avvenuto nella sua piechezza (1); dalla medesima caratteristica

del successo risulta, che di questo grado supremo di conato si può trattare in quei soli delitti, che per la loro consumazione esigono appunto un determinato evento (delitti materiali), e che gli altri perciò, che si consumano per la semplice forma dell'azione, ai quali appartengono esempigrazia diversi reati contro lo Stato, la falsità, lo spergiuro, l'esposizione degli infanti, e simili (delitti formali), ammettono due soli gradi di conato, vale a dire il prossimo ed il remoto (2). Secondo Martin (3) i delitti dell'ultima specie dovrebbero escludere in generale la possibilità del conato: contro la quale opinione si sono dichiarati a buon diritto Menke (4), Bauer (5), ed altri scrittori, del pari che i pareri giuridici della facoltà legale d'Heidelberg. Imperocché a tenore dei principj sviluppati nel §. 3. intorno al *conatus delinquendi*, e di ciò che siamo per dire, con che va d'accordo la pratica del diritto comune, e lo spirito delle moderne legislazioni, non soggiace ad alcuna dubitazione, che ancora i così detti delitti formali ammettano l'idea di un conato punibile. Laonde si può ricercar solamente, se per avventura si diano alcuni delitti, che ammettano per eccezione un solo grado di tentativo, come ha sostenuto Mittermaier (6).

Sotto questa eccezione Mittermaier pone in primo luogo « tutti i delitti, che si » commettono con un'azione destituta » d'ogni preparativo, la quale s'intra- » prenda in così fatte condizioni, che » ogul apparente preparazione si sot- » stenta, in grazia della relazione esi- » stente, a qualsivoglia rimprovero d'in- » giustizia, come nell'incesto. Se un fra- » tello ed una sorella si amano tenera- » mente, sebbene con impuri desiderj; » se si scrivono lettere piene di affetto, » e concertano un piano di futura riu- » nione; sarebbe cosa ridicola il parlare » di conato remoto d'incesto ». Ma questa affermazione, che è stata anche rin- » caricata dal Rossi (7), va palesemente trop- » p'oltre. Imperocché sebbene l'incesto u- » nitamente ad altri delitti, ai quali si of- » fre l'occasione da sé, possa commettersi senza speciali preparazioni, come acca-

(1) Esmpigrazia la pistola sgrilletta non prese, o in vece dell'uccisione ebbe luogo soltanto un ferimento. Nel secondo caso si considera dalla maggior parte un tentativo qualificato, cioè una concorrenza di tentativo e di consumazione, ma a torto. Il Romagnosi ha esattamente determinato la nozione del tentativo qualificato, la quale costituisce il *conatus delictorum idealis*, dicendo: « Un de- » litto soventi volte è mezzo ad un altro de- » litto, e dal facinoroso vien posto in opera, » onde giungere al fine, che si propone » Gen. §. 697. » — V. Anche Bauer Elem. §. 72.

(2) Sulla partizion del delitti in *materiali* e *formali* V. il nuovo arch. di dir. crim. t. IV.

(3) Elem. §. 49. nota 2.

(4) Instituz. par. I. §. 40.

(5) Elem. §. 69.

(6) Nuovo arch. di dir. crim. t. IV. p. 19. 20. SS. GG. t. I. p. 279.

(7) l. c. II. 31. p. 368

de sovente nelle classi più povere della campagna, quando la intiera famiglia dorme insieme in un letto solo (1); da ciò per altro non è permesso dedurre, che l'incesto sia uno di que' delitti, che escludono per loro natura ogni preparazione; che simili atti preparatorj non sieno giammai altro che apparenti; che il riguardo dovuto alla parentela gli eslime dal rimprovero d'ingiustizia; e che sarebbe quindi una cosa ridicola il parlare di tentativo remoto di questo reato.

La possibilità in fatti di un conato remoto si dovrebbe così con egual diritto negare anche negli altri delitti di carne, esempigrazia nell'adulterio e nella violenza in femmina, ed in generale in tutti quei malefici, per la commissione dei quali si presenta sovente l'opportunità da sè stessa, ancorchè non cercata. Ma poichè questa ricerca si connette con quella della possibilità di un conato remoto in genere, della quale ragioneremo di sotto (§. 8), ci asterremo qui dall'entrare ne' suoi particolari.

In secondo luogo Mittermaier annovera sotto questo capo « i delitti, nei quali non è necessaria altra preparazione, » che la risoluzione interna: i quali perfezionandosi con l'azione medesima, » che dà loro principio, non ammettono l'idea di conato, come accade esempigrazia nello spergiuro. Chi vuol giurare il falso, non commette tentativo di spergiuro sino all'istante, in cui esprime realmente il giuramento. Qui pure l'eccezione è poco fondata. Prima di tutto in fatti per la consumazione dello spergiuro non si richiede in alcuna maniera, che sia già terminato il protocollo alla prestazione del giuramento, e che questo sia stato già riportato negli atti, come afferma Mittermaier in un altro luogo (2). Anche meno poi lo spergiuro appartiene a quei delitti, che per loro natura non ammettono preparazioni; poichè anzi i preparativi di un giuramento giudiziale vanno congiunti con una serie di formalità e di solennità, in grazia delle quali questo reato, tuttochè esclusa, essendo del numero de' formalizzati, il *delictum perfectum*, si può per altro presentare sotto l'aspetto di conato prossimo, e di remoto, come generalmente si riconosce in teorica, ed in pratica. Così i tribunali di Prussia, secondo un caso criminale riferito nel giornale di

Hiltzig (3), riconobbero un conato remoto nell'innalzamento delle prime tre dita, che si sollevano giurando, ed un conato prossimo di spergiuro nell'incominciamento della formula giuratoria.

La teorica, che in certi delitti non ammette conato remoto, riposa in generale sull'idea, che se ne diano di quelli, che per loro natura escludono ogni preparazione. Ma l'esperienza dimostra, che i mezzi di delinquere sono escogitabili in tutti i delitti. Non vogliamo con questo asserire, che in ogni delitto tentato e consumato sieno indispensabili delle preparazioni; avvegguache l'occasione anche non cercata possa talora somministrare i mezzi necessarj alla piena esecuzione del reato: ma sosteniamo per altro, che si danno certi malefici, che per loro natura esigono una serie di preparazioni, come esempigrazia l'alto tradimento e la sollevazione, la falsa moneta, lo spergiuro, e simili, nei quali perciò, come osserva a ragione il Romagnosi, i diversi gradi del tentativo si presentano più distinti e molteplici. E nemmeno intendiamo di dire, che i movimenti di alto tradimento e di sollevazione non sorgano mai senza particolari preparazioni, in virtù di qualche occasione improvvisa. Risulta per altro che i delitti non si possono generalmente partire in quelli, che ammettono preparazioni, ed in quelli, che non le ammettono, ma che in questo rispetto tutto dipende piuttosto dalle circostanze particolari.

Fa d'uopo guardarsi del pari dal confondere la questione, la quale ricerca, che cosa appartenga all'idea del conato, con l'altra ben diversa, con cui si prende ad investigare, che cosa si richieda per la punibilità di un tentativo, che a tenore della sua nozione ontologica esiste (4). Ad evitare la qual confusione ammoni anche Oersted, notando (5), esser cosa intieramente falsa il restringere l'idea di conato a quei soli delitti, che sono legalmente punibili. Ed alla questione appunto dell'idea e della punibilità del conato siamo condotti oramai dal procedimento della nostra investigazione, dopo che abbiamo precedentemente determinato l'estensione ed i gradi del tentativo delittuoso.

#### §. 7.

Il delitto si dice tentato, quando il

(1) Bopp, Boehmer e Jaeger Giorn. di legisl. e di giurisprud. t. I. p. 32—52. p. 416 e seg. p. 507—512.

(2) Nuovo arch. di dir. crim. t. II. p. 109.

(3) t. X. p. 287—291.

(4) V. i miei saggi tratt. 40. p. 293.

(5) Nuovo contributo p. 134. e seg.

fatto dell'agente fu diretto a produrre pienamente il reato preso di mira, il quale per altro non avvenne. Così almeno si definisce d'ordinario il conato, e precisamente nel senso dell'art. 178 della Carolina. Secondo questa definizione il conato esclude le semplici vantazioni di voler commettere un delitto, le quali autorizzano solamente a prendere dei provvedimenti assicurativi e di prevenzione, e di più si riferisce soltanto al doloso autore fisico e psicologico del fatto, senza comprendere gli ausiliatori ed i promotori. Imperocchè, sebbene anche relativamente a questi si possa parlare della esecuzione di un tentativo (§. 3.), per altro nello sviluppo della presente idea si vuol contemplare massimamente il doloso autore del fatto, e più specialmente il fisico autore; parte perchè in lui si presenta più frequentemente il delitto tentato, e più di rado nell'autore intellettuale, o negli ausiliatori e promotori; parte perchè l'art. 178 della Carolina, a differenza del precedente art. 177, riporta il maleficio sottinteso all'autor fisico del delitto, senza che per altro sia impedito di applicare per analogia quelle disposizioni anche all'instigazione, al favoreggiamento, e all'aiuto; parte finalmente perchè i tre gradi di conato comunemente ammessi possono ritrovare la loro intera applicazione nella sola attività del fisico autore, e non in quella degli altri partecipanti (1). In sequela di ciò anche la seguente esposizione ristingerà l'idea del conato al solo autor fisico del delitto, come il subletto più importante, che qui venga in considerazione, e l'analogia guiderà ad applicare le disposizioni legali sulla penalità di esso agli altri partecipanti.

A tenore della indicata definizione, l'idea e l'essenza del tentativo richiede, che l'agente sia stato in una qualunque maniera interrotto nel corso della sua delittuosa attività, o ciò avvenisse per le leggi della natura esterna, o della interna, vale a dire o per propria elezione, o per forza altrui, o in virtù di semplici cause naturali, e che quindi egli non potesse pervenire alla consumazione del maleficio pigliato di mira. Imperocchè l'intraprendimento di un delitto, e l'interruzione dell'ingiusta attività sono gli elementi di fatto, che costituiscono l'idea del conato: il quale può conseguentemente esistere, ancorchè manchino le condizioni legali della sua punibilità. Così esempigrazia l'idea del conato non ri-

mane distrutta, se l'agente desiste intempesto dal proseguire la sua impresa delittuosa, o per timor della pena, o per compassione, o per pentimento; nè se dovè tralasciare per cause fisiche, o psicologiche, come se si fosse sentito troppo debole per superer l'avversario, o gli fosse caduto per errore il pugnale di mano, a similitudine degli schiavi alla presenza di Mario, o le leggi insuperabili della natura fisica gli avessero resa assolutamente impossibile la consumazione del delitto, perchè per esempio il mezzotrascelto per raggiunger lo scopo ora obiettivamente innocuo. Ancorchè in simili casi possa l'agente, in virtù di disposizioni legali, non soggiacere ad alcuna pena; pur l'idea di conato vi si presenta: nè di ciò possono dubitare, che coloro, i quali confondono la nozione ontologica del tentativo con le condizioni positive, o filosofiche della sua punibilità.

### §. 8.

Ma ricerchiamo oramai, quali sieno queste condizioni della punibilità del tentativo delittuoso, in quanto che ogni conato non soggiace a pena secondo il diritto comune, nè merita di soggiacervi, considerato dal punto di vista legislativo.

1. La prima condizione della punibilità del tentativo delittuoso in un'azione esterna, la quale, secondo l'intenzione dell'agente doveva mediamente o immediatamente servire a produrre il delitto pigliato di mira. Quindi i semplici pensieri, e le sole risoluzioni, fintantochè non trapassarono in azioni, esterne non soggiacciono a pena (2). Il che non vale solamente pei delitti di commissione, ma ancora per quelli di omissione, nei quali l'elemento di fatto, cioè l'azione esterna, consiste nella reale e già cominciata esecuzione della risoluzione di tralasciare un'attività doverosa (§. 2). Lo stesso si dica degli ausiliatori e dei favoreggiatori, i quali sono rispettivamente punibili di conato solamente quando abbiano eseguito un'azione, diretta all'aiuto, o al favoreggiamento. Egreggiamente nota il Romagnosi (3), che il tentativo debb'essere qualche cosa di più della risoluzione, e qualche cosa di meno della consumazione; onde lo spazio di esso si estende dalla prima azione, che

(2) V. i miei saggi p. 203. e seg. — Rossi traité de droit pénal II. 26 — Romagnosi genesi del dir. di pun. §. 601. e segg.

(3) l. c. §. 666. e segg.

(1) V. i miei saggi tratt. 10. §. 2. p. 268.

viene intrapreso per commettere il delitto, fino all'orlo dell'ultima azione che consuma il delitto medesimo. Ma il determinare la prima azione, intrapresa per commettere il delitto, appartiene meno alla scienza del diritto penale, che all'arte logica, ed alla facoltà del giudizio. A norma beusi della facoltà del giudizio possono stabilirsi alcune regole generali, che sono per altro sommamente controverse. Secondo l'opinione moderna è professata da Oersted (1), da Rosshirt (2), da Jordau (3), da Pfizer (4), dal Romagnosi (5), da Jarcke (6), da Marlin (7), da Heffter (8), ed innanzi da Fenerbach (9), da Grolman (10), da Tittmann (11), e da altri scrittori (12), le preparazioni di un delitto debbono considerarsi come il primo atto di tentativo (*conatus remotus*, o *delictum praeparatum*). A sostegno di questa teorica, già trappassata nel codice penale bavaro del 1813, e nell'art. 25 e 175 del progetto per la Sassonia, disteso da Stübel, si può dire:

1) che il conato da delinquere, considerato in tutti i diversi suoi gradi, è predominante il punto di vista subiettivo della punibilità, in quanto che da un lato per la assenza di fatto del delitto tentato non si richiede alcun ingiusto successo esterno, come carattere essenziale, mentre il medesimo non fa che innalzare il grado della pena (13); e dall'altro lato un tal nocivo successo, che sia per avventura accaduto, è escogitabile solamente nel delitto frustrato ma non si può presentare negli altri casi, e tuttavia il tentativo è punibile per via dell'ingiusto sentimento, con l'azione esterna manifestato.

2) Che il diritto romano riconosce e-

(1) Esame del progetto di cod. pen. per la Baviera p. 149 — 154 e Nuova contribuzione p. 127.

(2) Sviluppo ec. p. 306.

(3) De nonnullis controversiis ad doctrinam de conatu delinquenti spectantibus. Marburg. 1826. p. 14 — 19.

(4) Nel giorn. crit. di giurispr. di Tubinga t. III. p. 100 — 105.

(5) l. c. t. II. p. 209.

(6) Institut. l. p. 214. e giorn. d'Hitzig t. V. p. 148.

(7) Elem. §. 61, nota 15.

(8) Elem. §. 61, e §. 52. nota 4.

(9) Elem. §. 43.

(10) Principj della scienza del dir. crim. §. 31.

(11) Institut. §. 97.

(12) Esempigrazia da Le Graverend nota 91. cit.

(13) Fenerbach Elem. §. 82. nota v. I miei saggi p. 276 in nota.

VOL. II.

spressamente, almeno nel *crimina ordinaria*, la punibilità delle semplici preparazioni di un delitto, le quali anzi, se sono di una data specie, come per esempio la compra del veleno per uccidere, la provision dell'armi per commettere violenze, e simili, vanno sottoposte alla pena del consumato delitto. L. 1. D. ad L. Pomp. de parric. L. 1. D. ad L. Jul. de vi pub. L. 5. Cod. ad L. Jul. maj. L. 14 D. ad L. Corn. de sic. Di più il conato remoto d'adulterio costituisce un delitto straordinario per sé stante sotto il nome di *solicitatione alienarum nuptiarum* (14).

3) Che finalmente anche la Carolina nell'art. 178 richiede per la punibilità del *conatus delinquendi* solamente un'azione esterna, diretta a produrre il delitto propostosi, tantochè non possono considerarsi abolite dalla detta costituzione le disposizioni del diritto romano. Imperocchè sebbene la medesima, a petto del diritto romano, rilevi in generale di più il punto di vista obbieltivo della penalità, questa per altro, rispetto al tentativo delittuoso, dipende principalmente dal punto di vista subiettivo; onde in sequela dell'art. 178 si dee solamente ritenere, che le preparazioni di un maleficio non possano mai soggiacere alla medesima pena della sua consumazione (15).

Bauer (16) ha recentemente cercato di dedurre dall'idea di tentativo, che sotto di essa non si possono contenere le semplici preparazioni di un delitto, perchè, fintantochè l'agente non ha dato principio all'esecuzione, niuno dirà, che egli abbia tentato un delitto. Ma questa obiezione ha più apparenza, che realtà. Imperocchè il *conatus delinquendi* significa il principio di un delitto, e sotto questo principio si comprendono ancora, com'è palese, gli atti preparatorj. Inoltre non si sa intendere il perchè il primo passo al delitto non debba riguardarsi come il punto del suo cominciamento. E finalmente alcune semplici illazioni, dedotte dall'idea di tentativo, non hanno alcun valore di fronte alle contrarie disposizioni del diritto comune. Poco del pari si può dimostrare l'impunità di queste preparazioni, dicendo con Bauer (17), che prescindendo dall'ingiusta intenzione dall'agente, esse consi-

(14) Heffter Elem. §. 418 — Weechter trait. di dir. pen. par. I. p. 139. in nota.

(15) Da questa regola nuova costituito nemmeno l'alto tradimento. Pareri giuridici della facoltà legale d'Heidelberg l. c. p. 218.

(16) Elem. §. 67. nota b.

(17) Elem. §. 371. nota c.

stano in atti leciti, od almeno indifferenti. In fatti la dipendenza appunto dell'atto dall'ingiusta intenzione lo rende punibile; avvegnachè, se si dovesse fare astrazione da questa ingiusta intenzione, tutti quanti i delitti, o consumati, o tentati, si dovrebbero dichiarare esenti da pena. Già il Romagnosi (1. c.) ha fatto osservare, che gli atti conducenti all'esecuzione di un delitto, considerati singolarmente in se stessi, sono spesso buoni, od indifferenti, ma che presentano l'aspetto di reati inquantochè riferiti ad un fine criminoso: e questo è appunto ciò che succede nelle preparazioni di un delitto.

Altri scrittori ancora, e segnatamente Mittermaier (1), Heuke (2), Pratobevera (3), Cucumius (4), e Rossi (5), si sono dichiarati per la impunità degli atti preparatorj, avvegnachè secondo la loro opinione il conato incominci ad esser punibile con quella azione, che contiene almeno un principio della effettiva esecuzione del delitto. E per tipo di questa opinione hanno pigliato specialmente l'art. 2. del codice penale francese, il quale esige, che il tentativo punibile sia manifestato con atti esterni, e seguito da un principio d'esecuzione (6), e l'art. 7 del codice penale anstriaco, il quale dice, che il solo attentato di un fatto criminoso costituisce il delitto, tostochè il mal intenzionato intraprenda un'azione, tendente all'effettiva esecuzione del medesimo. E questa teorica è trapassata ancora nel progetto bavaro del 1822 art. 46, in quello del 1831 art. 43 e 44, nel progetto annoverese art. 38, ed in quello di Württemberg del 1835 art. 57. Ma voci molteplici e poderose si sono elevate contro di essa (7), e la dottrina e la pratica germanica, che è stata finora in vigore, non ha somministrato motivi di parti-

colari querele. Mentre in fatti le preparazioni di un delitto si sono finqui riguardate degne di pena, secondo questa nuova teorica il punto di principio del conato punibile dovrebbe sorgere, o quando l'agente ha incominciato ad applicare effettivamente i suoi mezzi, e così per esempio ha già appoggiato la scala per salire, ha stemperato il veleno nelle vivande ec. o quando almeno si è posto nella situazione di potersi servire dei mezzi preparati: come allorchè A si è messo in aguto con la pistola, provveduta per uccider B. A tenore di ciò la compra di armi e di veleni, la fabbricazione di scale da ladri e di stromenti da rompere, le cospirazioni dirette ad un omicidio premeditato, ad una sollevazione, ad un alto tradimento, sarebbero azioni esenti da pena, o ne potrebbero essere solamente colpite quando fossero minacciate d'una coercizione di polizia (8). Per conseguenza non si darebbe conato punibile d'aiuto: anzi l'ausiliatore non potrebbe in molti casi punirsi nemmeno di consumato soccorso. Imperocchè, se l'autore d'un consumato delitto può impunemente provvedersi di veleni e di armi, di grimaldelli, di macchie infernali, e simili, ogni individuo sarà in facoltà di fornirgli impunemente qualunque mezzo atto a servire allo scopo del delitto, e le semplici preparazioni d'aiuto potranno anche meno soggiacere ad un processo, e ad una punizione. Quando in fatti delle azioni di questa specie vanno esenti da ogni pena nella persona dell'autore, debbono certamente dichiararsi impuniti anche in quella dell'ausiliatore.

Ora se ci volgiamo ad esaminare questa teorica, non ristretta semplicemente alla persona dell'autore, ma in una più larga periferia, si vede, che non si può difendere, nè di fronte al diritto comune, nè in virtù dei generali principj giuridici. Imperocchè, prescindendo dal considerare, che in tutti i gradi del conato il punto di vista subiettivo della penalità è quello predominante e decisivo; prescindendo dal considerare, che la penalità degli atti preparatorj è legata, come quella del conato, alla condizione, che l'agente sia stato impedito suo malgrado di usare i mezzi apprestati (§. 9.) (onde per una parte l'obiezione della possibile desistenza spontanea è un op-

(1) Nuovo archivio di dir. crim. t. II. p. 602. t. VI. p. 356. t. X. p. 549.

(2) Instituz. par. I. p. 285.

(3) Materiali ec. t. VI. p. 372. e seg.

(4) Nuovo archivio di dir. crim. t. IV. p. 9. e 10.

(5) Traité de droit pénal II. 27.

(6) Le Graverend traité de législation crim. en France t. I. p. 91. e sq. Questo scrittore nell'altra sua opera des lacunes et de besoins de notre législation crim. vol. I. p. 232. ha cercato per altro di dimostrare la necessità di punire gli atti preparatorj di un delitto.

(7) Oersted Oss. cit. 75. V. anche le critiche del prog. bav. del 1822 fatte da Spies p. 3., Wellmer p. 26. 27., e da Binder p. 36. Roschitz giorn. t. II. p. 290. Cucumius Nuovo arch. di dir. crim. t. X. p. 212. e seg.

(8) V. le mie contribuzioni alla dottrina dell'alto tradimento p. 49. e seg., nelle quali io non mi sono in alcuna guisa dichiarato per questa teorica.

porre la semplice possibilità contro la realtà, e condurrebbe a dichiarare l'impunità del conato in genere fintantochè non fosse pervenuto al grado di delitto frustrato, e l'affermare dall'altra parte, che lo Stato; se sottomettesse a una pena gli atti preparatorj, verrebbe a punire anticipatamente il fatto nella sola risoluzione, manca del pari di fondamento; prescindendo da questa, e da altre ragioni, che abbiamo incidentemente notato; secondo la regola definitiva del comune pericolo, la quale determina l'estensione ed i limiti del diritto pubblico di punire, non si può ragionevolmente dubitare, che il primo passo al delitto, ossia la preparazione del medesimo, non appartenga alla classe degli atti meritevoli di pena. Le preparazioni in fatti del delitto, a motivo della loro relazione col criminoso intendimento, prendono il carattere di azioni criminose, e capaci di compromettere la pubblica sicurezza, massimamente perchè pongono l'agente, almeno d'ordinario, in grado di potersi ad ogni istante approfittare dei mezzi apparecchiati, per condurre al suo compimento la scelleraggine pigliata di mira. Di più la punizione dell'intraprenditore è tanto meno da stimarsi esorbitante, in quanto che egli, mediante una volontaria desistenza, può liberarsi da ogni pena. Finalmente le ragioni, su cui riposa la indicata restrizione del punto di principio del conato punibile, secondo la legislazione penale francese ed austriaca, non sono affatto applicabili ai moderni codici nostri. Imperocchè quando il delitto tentato va soggetto, come in Francia ed in Austria, dietro l'esempio del diritto romano, al medesimo grado di pena del delitto consumato; affinchè questa disposizione non divenga esorbitante, è certamente necessario restringere nella guisa accennata il principio del tentativo punibile; anzi il legislatore francese e l'austriaco avrebbero dovuto limitare anche più, che non fecero, l'essenza di fatto del conato, per accostarsi maggiormente ad una giusta proporzione penale. Ma siccome le moderne legislazioni germaniche non riconoscono, ed a buona ragione, il principio della eguale punibilità del tentativo, e della consumazione, il volere adottare la medesima restrizione, ricorrendo agli esempi del codice penale francese ed austriaco, è per lo meno una grande inconseguenza.

È parimente irragionevole il temere, che la teorica, finqui seguitata nella nostra pratica, possa facilmente esporre la

libertà civile dell'individuo ai pericoli dell'arbitrio giudiziale; perchè le preparazioni di un delitto sono punibili solamente allorchè l'intraprenditore ha manifestato con la propria azione la volontà di servirsi effettivamente dei mezzi apparecchiati. Quindi il semplice risolversi ad un delitto, il far dei progetti intorno al medesimo, l'apprestarsi a provvedere i mezzi necessari, e lo stesso provveder questi mezzi senza che uno sia peranco fermamente deciso di eseguirlo, non si considerano come principj di tentativo punibile, e perciò non è da temere, che il giudice punirà i pensieri, le azioni lecite, i meri apparecchi, o l'uomo irresoluto. E quando si prescintassero condanne criminali di questa specie, come si sono qualche volta presentate (1); l'articolo 2. del codice penale francese, od una disposizione che lo imitasse, potrebbe assicurare ben poco la libertà individuale dagli errori del poter giudiziaro.

Anche il nuovo progetto di codice penale pel regno di Wurttemberg ha adottato nell'art. 57 la regola del codice francese, tuttochè contraria al diritto comune, ed alla pratica finqui seguitata in quello Stato, ma per ragioni, che mancano di fondamento, e che, quand'anche non ne mancassero, non potrebbero fare eccezione alla regola, che il detto progetto riconosce nelle preparazioni del fatto tradimento, e dei delitti in materia di moneta, nella trama, e nella banda. I motivi (2) del predetto art. 57. si fondano 1.° sul principio sperimentale, che un ingiusto divisamento suol essere tanto più facilmente abbandonato, quanto chi lo formò è più lontano dalla consumazione del delitto, e che ancora la politica criminale dee distorcere un progresso ulteriore, mediante la speranza dell'impunità. Qui domanderò in primo luogo, se sia prudente l'assicurare l'im-

(1) V. il giorn. d'Hitzig t. I. p. 39. et l. V. p. 333. In un caso di conato remotissimo di veleno fu decretata la casa di disciplina per cinque anni Conf. i giudizj di Abegg e di Waechter negli annali di Schunk t. VII. p. 314. e seg., e nel giornale critico di Tubinga t. III. p. 48: Una più retta sentenza in caso simile si trova nella biblioteca dei casi accetti criminali compilata da Ropp t. I. fasc. 1.° p. 90.

(2) p. 42 — 43. Rossi *Traité de droit pénal* II. 27. Questo scrittore sostiene il principio del cod. pen. franc., ma fa tante eccezioni alla regola, e tante limitazioni a quelle eccezioni, che si vede chiaramente quanto si trovi imbarazzato nel difendere sì fatta teorica.

parità all'intraprenditore, anche allora egli fu costretto suo mal grado a rinunciare alle già fatte preparazioni del delitto. In secondo luogo è evidente, che, se la speranza dell'impunità dee somministrare all'intraprenditore un potente motivo di rinunciare al suo progetto, la politica criminale comanderebbe precipuamente, che lo stesso vantaggio si promettesse nei delitti più pericolosi, cioè nell'alto tradimento, nella falsa moneta, nella trama, e simili, affinché lo Stato potesse tanto più sicuramente augurarsi, che si abbandonasse per via la loro esecuzione. I motivi 2) dicono ancora, che, quando lo Stato volesse punire i semplici atti preparatorj, soggiacerebbe anticipatamente alla pena il fatto nella incerta risoluzione. Che questa ragione ancora non sia che apparente, risulta abbastanza dalle già esposte dichiarazioni. Oltre di che apparisce da essa anche meno, onde lo Stato, desuma poi il diritto di punire per eccezione il fatto nella sua risoluzione ancora incerta, quando si tratta di alto tradimento, o di falsa moneta. Finalmente 3) I prenommati motivi si appoggiano sul riflesso, che la punizione delle semplici preparazioni di un delitto va sottoposta a grandi difficoltà rispetto alla prova, e che i processi, introdotti a quest'oggetto, o non condurrebbero d'ordinario ad alcun risultato, o cadrebbero nel mesetino. Ma se si dee giudicare dalla pratica passata; e dalle inquisizioni finora conosciute, la prova necessaria a convincere l'inculpato nel conato remoto non dovrebbe essere più ardua di quella che si raccoglie negli altri casi di tentativo; massimamente perchè nel consumato delitto, il processo dee minutamente estendersi a tutte le preparazioni adoperate a commetterlo, e questa parte della giudiciale investigazione non ha da lottare, come insegna l'esperienza, con difficoltà maggiori di quelle, che s'incontrano nel verificare la consumazione. Nè si vede poi, come lo Stato, quando nell'atto tradimento ed in altri casi riconosce per eccezione un conato remoto punibile, non potrebbe spendere a profitto della prova quelle cure, che d'ordinario si asseriscono inutili. Anche Mittermaier (1) e Rossi (2) ricono-

scono per vero dire alcune eccezioni dalla regola, esempigrazia nei delitti contro lo Stato. Ma l'imbarazzo nasce appunto da queste eccezioni. Imperocchè trascurando ancora, che nelle leggi eccezionali (specialmente in materia di reati politici) si trova sempre qualche cosa di odioso, la linea di confine, tirata fra l'eccezione e la regola, dipende frequentemente dal puro arbitrio, e nella sua applicazione conduce a conseguenze sframistiche. Fermandoci, a motivo d'esempio, ai casi d'eccezione stabiliti dal progetto di Württemberg, immaginiamo che A e B formino una trama per uccider C, e che a quest'oggetto si sieno già provveduti di veleno. Essi sono punibili per via della trama, e secondo l'art. 74 soggiacciono alla pena del conato incompiuto. Se all'incontro A mediante il semplice aiuto di B si è provveduto di veleno per lo stesso oggetto, e l'autore ed il socio vanno del pari impuniti, non ostante che il pericolo per la vita di C sia perfettamente eguale a quello figurato nel caso precedente. Leggi eccezionali si possono anche meno giustificare nei delitti contro lo Stato. Poichè, per quanto questi appartengano ai reati più gravi, pur l'esperienza di migliaia di anni ammaestra, che in generale sovrastano molti meno pericoli allo Stato, che a' diritti dei sudditi. E quando specialmente si osservi, che a petto dell'individuo il potere pubblico tiene a sua disposizione mezzi tanto maggiori di numero e di potenza per distornare i pericoli, che lo minacciano, vengono effettivamente a mancare tutte le ragioni giuridiche e sperimentali per governare con leggi eccezionali i delitti contro lo Stato. Delle quali abbiamo tanto minor bisogno, perchè crediamo che occorra ritornare alla teorica della punibilità degli atti preparatorj in genere, ossia del conato remoto, e che faccia d'uopo abolire ad un tempo tutte quante le eccezioni.

Ma procediamo ora innanzi a sviluppare le altre condizioni della punibilità del delitto tentato.

### §. 9.

II. Oltre ad un'azione esterna mediamente o immediatamente diretta a produrre il delitto (§. 8), si richiede di più per la punibilità del conato, che l'intra-

dubitate dei delitti, le quali possono considerarsi come cominciamenti del medesimo, come negli apparecchi per fabbricare la falsa moneta; 3) nelle cospirazioni, ma con molte limitazioni,

(1) Lo stato più recente della legislazione criminale p. 175.

(2) *Traité de droit pénal* II. 27. Egli ammette le seguenti eccezioni: 1) in quelle azioni, chiama *moyens occasionels des crimes*, come nel porto dell'armi, nella vagabondia, e nella mendicizia; 2) in certe preparazioni in-

prenditore, cioè l'autor fisico, sia stato interrotto *suo mal grado* nella esecuzione del reato preso di mira (1). Questa disposizione vuoi applicare per analogia anche all'autore intellettuale (§. 4.), agli ausiliatori, ed al favoreggiatori (§. 3.) Se quindi l'intraprenditore si ritrae dal delitto per libero impulso, semprechè non abbia potuto ancora eseguire il fatto, e si presenti la *res integra*, o sia che non abbia avuto luogo alcun successo illegale, o che l'azione rimasta senza effetto non si debba legalmente considerare per consumata, come accade nei delitti formali; dee dichiararsi libero da ogni pena, a tenore del diritto comune (2). Nè da questo principio fa eccezione la trama (3): nè si può giustificare secondo le massime generali del diritto, come fu dichiarato in un altro luogo (4), che lo Stato, decretando una pena anche meramente di polizia o correttiva, e non criminale, mostri la sua diffidenza verso quell'agente, che si ritrae liberamente e *re integra* dal delitto. Anche la pratica di Württemberg ha seguito finora quest'ultima dottrina (5), segnatamente difesa da Tittmann e da Grolman: ma il nuovo progetto per quel regno nell'art. 67 assicura a buona ragione la piena impunità a quell'agente, che *re integra* desiste dal delitto, o questi abbia abbandonato il criminoso progetto per impulso di coscienza, o per compassione, o per timor della pena. Se non che l'art. 77 eccettua la trama, e l'art. 134, l'alto tradimento. Quando per altro i motivi del preminato progetto (6) restringono l'impunità di questo conato al caso, in cui l'agente abbia onninamente abbandonato il suo disegno, e non solamente per allora; e quando s'ingegnano di giustificare questa disposizione, osservando, che altrimenti l'agente meriterebbe una pena al pari di colui, che fu *suo mal grado* impedito di consumare; si ha diritto di domandare, qual sia l'azione esterna,

che s'intende di punire, allorchè a quella, che si eseguiva, è stato realmente rinunziato? Lo Stato in fatti non ha facoltà di punire la semplice risoluzione futura, e tanto meno a tenore del progetto di Württemberg, che non riconosce neppure la punibilità delle preparazioni di un delitto, le quali sono qualche cosa di più di una incerta risoluzione avvenire. Se non che queste obiezioni hanno più apparenza, che realtà, in quanto che dipendono dal doppio senso dell'espressione *rinunziare* al delitto, o *desistere* dal medesimo. Solo in fatti che si aggiunga all'art. 67 l'avverbio *intieramente*, onde vien determinato il contrapposto fra il vero rinunziare ed il semplice differire, si può senza contraddizione punire l'agente pel delitto già intrapreso, ma rimesso per la piena esecuzione a tempo più opportuno, mentre sarebbe certamente impossibile il procedere contro di lui per la sua incerta risoluzione futura. E questa disposizione del progetto di Württemberg, trapassata ancora in altre legislazioni, certamente si appoggia a basi giuridiche e politiche; avvegnacchè quell'agente, che ha solamente differito l'impresa già incominciata, non meriti, che gli sia assicurata l'impunità. Ma oltre all'effettivo obbietto e relativo pentimento, da cui dipende l'impunità dell'agente, che ha desistito dall'intrapreso delitto, si possono immaginare ancora altre circostanze, che rendono almeno dubbiosa l'applicazione dell'art. 67. Quando per esempio l'agente abbia desistito dal delitto per coscienza sopravvenuta della propria debolezza, e della fisica superiorità dell'avversario, o in conseguenza d'un raccapriccio, improvvisamente risvegliato, ed affine all'affetto; si potrebbe opporre, che l'art. 67 del menzionato progetto non è applicabile a simili casi. Poichè per altro non è certo, che l'agente abbia meramente differito l'esecuzione del pravo disegno, egli dovrebbe anche allora esser dichiarato immune da pena.

### §. 10.

III. Un'altra condizione della punibilità del tentativo criminoso, in tutti i gradi di esso, secondo il diritto comune si è, che l'opera esterna, diretta a produrre il delitto preso di mira, sia *obiettivamente nociva*. Imperocchè l'art. 177 della Carolina, a cui si riporta ancora Feuerbach nell'ultima edizione de' suoi elementi per la punibilità del conato richiede azioni, che servano all'esecuzione del fatto. Un'azione è obiettivamente in-

(1) L. 19. pr. D. ad L. Corn de sic. arg. art. 178 della Costituzione Carolina.

(2) L. 21. §. 7. D. de furtis, art. 178. della Carolina. Jeunil nel giorn. di Wagner 1826 t. 1. p. 309. Protobevera Materiali t. VI. p. 358. Nuovo arch. di dir. crim. t. VI. p. 62. Gönner Annali t. I. p. 288—295. Gazette de tripanauz 1827 n. 377.

(3) Nuovo archivio t. IV, num. 14.

(4) V. i miei saggi p. 308. e seg. Mittermaier nel nuovo arch. t. IX. p. 18. Motivi del progetto di Württemberg p. 47.

(5) Knapp Dir. crim. di Württemberg p. 35. Hofacker Annali t. II. p. 234.

(6) p. 47.

noctua, quando l'agente per errore fece uso di un mezzo inidoneo a commettere il delitto: o quando si dicesse contro un supposto diritto altrui come se, per esempio, in vece del medicamento abortivo, o del veleno, diede stolidamente una sostanza affatto incapace di danneggiare; o se una madre arrecò lesioni mortali al suo bambino nato morto, nell'opinione che visse; o se un marito, che si propose un adulterio, giacque, senza saperlo, con la sua propria moglie (1). In simili casi, a tenore dell'art. 176 della Carolina, si prenderebbero al più del provvedimento di polizia contro l'agente riconosciuto come pericoloso, ma non si potrebbe mai decretare una pena dietro l'art. 178. Con tali mezzi per altro assolutamente inidonei non bisogna confonder quelli, che nelle speciali circostanze del fatto, vale a dire per eccezione, mancano di efficacia, e riuscirono innocui *in concreto*: come sarebbe se il materiale apposto per produrre un incendio, per contratta umidità, non volesse bruciare, o se la pistola sgrilletata non prendesse. Per distinguere questi casi di specie diversa si può con somma opportunità stabilire, che l'impunità del conato richiede, che il mezzo fosse inidoneo *in abstracto*, ma che all'opposto il tentativo è certamente punibile, quando il mezzo adoperato fu inidoneo *in concreto*, mentre era idoneo *in abstracto*. Con eguale esattezza si potrebbe usare con Pratobevera il contrapposto di *assolutamente inidoneo* di *solamente sufficiente*.

Ma rispetto al modo di considerare queste azioni obiettivamente innocue dietro i generali principj giuridici, cioè dal punto di vista legislativo sono grandemente divise le opinioni de' nostri criminalisti. Mentre in fatti da un lato Feuerbach (2), Mittermaier (3), Rossi (4), Romagnosi (5), Pratobevera (6), Rosshirt (7), Jordan (8), Bender (9), Heffter (10), ed altri scrittori, si sono dichiarati per la im-

punità di simili azioni; Jenuil (11) al contrario, Bauer (12), Heschel (13), Trummer (14), Egger (15), Lelievre (16), Knapp (18), Tittmann (19), Grolman (20), Salchow (21), Henke (22), Oersted (23), Cropp (24), ed altri, fra i quali anch'io (25), hanno difeso l'opinione opposta la quale è pur trapassata nella maggior parte dei nuovi codici, ed ultimamente è stata riconosciuta come giusta anche nel nuovo progetto di Württemberg p. 38. num. 5. Gli avversarj per vero dire si sono studiati di dimostrare con un gran dispendio di accuratezza l'impunità di sì fatte azioni; ma la seguente disamina dimostrerà insussistenti i loro principali argomenti, che massimamente si trovano appresso Feuerbach, Mittermaier, Romagnosi e Pratobevera.

1) Per ciò che concerne la nota argomentazione di Feuerbach, si può replicare a ragione, che qui non si tratta di una semplice risoluzione delittuosa, ma di un'azione esterna, diretta ad effettuare il delitto voluto, alla quale è tanto più applicabile l'idea del *conatus delinquendi*, in quanto che l'essenza di fatto del medesimo non richiede di necessità una lesione materiale del dritto. E pochissimo conviene al caso il famoso esempio dell'orante, a cui Feuerbach nella sua esposizione dei delitti notevoli (26) ha consacrato un luogo particolare (27). Imperocchè, quand'anche l'orante credesse, che la Divinità si lascierebbe determinare dalle preghiere a toglier la vita all'avversario di lui, e questo avversario immediatamente dopo la preghiera perisse di morte naturale; non potrebbe dimostrarsi giammai, che fra l'orazione e

(11) Dir. crim. austr. par. I. p. 194. ediz. 2. 1820. Nella prima edizione professò il parere contrario.

(12) Elem. §. 71.

(13) Quattro trattati p. 166.

(14) Filosofia del diritto §. 64.

(15) Breve dichiaraz. del dir. crim. austr. t. I. §. 7.

(16) De conatu delinquendi p. 373—385.

(17) Dir. crim. di Württemberg p. 38.

(18) Elem. §. 96.

(19) Scienza del dir. crim. §. 31.

(20) Elem. §. 136.

(21) Instituz. par. I. p. 286.

(22) Regole fondamentali §. 24.

(23) De conatu delinquendi §. 43.

(24) Saggi tratt. 10. p. 325—334.

(25) par. II. p. 98.

(26) Rimbauer fa orazione, perchè la sua amica inclina muoia: ma poiché questo mezzo non gli fa ottenere il suo intento, la ferisce quando è già morta.

(1) Schirach Casi crim. p. 81. e seg. Steltzer Critica del progetto di Egger p. 223 Mittermaier Nuovo arch. di dir. crim. t. I. p. 9. e seg.

(2) Elem. §. 42. in nota.

(3) Nuovo arch. di dir. crim. t. I. p. 138. t. VI. p. 357. t. X. p. 350.

(4) Traité de droit pénal II. 30.

(5) Genesi del dir. di punire §. 716.

(6) Materiali t. VI. p. 358 e seg.

(7) Sviluppo ec. §. 50. Elem. §. 43.

(8) Dissert. cit.

(9) Giorn. giur. gen. 1830 num. 88.

(10) Nuovo arch. di dir. crim. t. XII. p. 279.

la morte avvenuta esistesse una connessione causale. Di più volendo ancora supporre, che questa connessione esistesse, forante non sarebbe mai altro, che un autore intellettuale, ossia un istigatore della uccisione: e ciò condurrebbe poi nell'assurdo sterminato di considerare Dio come autor fisico del delitto. Quell'esempio ha qualche cosa di comune con gl'incantesimi e con le fatture, in quanto che l'essenza obiettiva di tali supposti reati non si può mai provare: onde conseguita, che il maliardo, ancorchè creda di aver commercio col cattivo spirito, non può esser punito per tentativi di magia. Ma che si può quindi inferire contro la penalità di quegli atti obiettivamente innocui, la cui essenza di fatto è dimostrabile? Da ciò non si deduce nemmeno, che le orazioni, come i pensieri, vadano esenti da ogni gabbella.

2) Persuade poco anche Mittermaier quando sostiene, che chiunque non può consumare un delitto (e questo è il caso degli atti obiettivamente innocui) non sia neppure in grado d'incominciarlo. Se questa proposizione s'inverte, essa è verissima; perchè secondo il già detto, nessun delitto può consumarsi, quando non sia stato precedentemente incominciato (§. 2. e 5.). La proposizione all'inecontro, con la quale si asserisce, che per poter tentare, cioè incominciare, un delitto, debba potersi ancora perfezionare, prova troppo, e perciò non prova nulla. Imperocchè nel mondo non v'è cosa più comune del cominciare qualche opera, che per cagioni fisiche o psicologiche non si possa poi perfezionare: e l'incapacità di commettere un delitto può anch'essere meramente relativa; che nuno vorrà disputare della possibilità di un conato punibile, esempio grazia, nel caso, in cui un *impubes*, tentasse di commettere un *delictum carnis*, e per cause fisiche non lo potesse eseguire.

3) L'obiezione del Romagnosi, che dichiara nel nostro caso superflue le comminazioni penali, perchè le leggi di natura guarentirono al minacciato una sicurezza assoluta, ha lo stesso difetto di provar troppo. Allora in fatti anche l'uso di mezzi insufficienti, cioè inidonei in concreto, per lo scopo criminoso, si dovrebbero dichiarare immuni da ogni pena; perocchè le leggi di natura anche in questo caso guarentiscono al minacciato una sicurezza assoluta, e più efficace di qualunque comminazione penale. Il Romagnosi per altro si è ingegnato di sostenere la sua tesi dicendo, « che, quando una causa fisica ha resa impossibile

l'esecuzione di un delitto tentato, dal fatto dell'agente non nasce pericolo alcuno per la società civile, alla quale non compete perciò il diritto di punire; perchè le leggi inalterabili della natura sono più efficaci di qualunque minaccia penale per assicurare da ogni offesa. Punire l'agente per causa della sua cattiva disposizione non sarebbe giusto; perocchè nè egli, nè altri, che tentassero un delitto con tali mezzi assolutamente inefficaci, porrebbero in pericolo la società. Che se si teme, che l'agente possa eseguire in futuro un delitto con mezzi più efficaci, allora si punirebbe in vista di possibili delitti futuri. Ma quando si presentasse veramente alla società un così fatto pericolo, le competerebbe solamente il diritto di prendere contro il delinquente futuro dei provvedimenti preventivi, che non hanno nulla di comune con la punizione del tentativo. Allorchè all'incontro l'esecuzione fu interrotta da una maniera di agire affatto accidentale e fortuita delle leggi fisiche, il tentativo può essere giustamente punito; perchè se l'agente, od un altro individuo ripetesse quella medesima azione, che nel caso precedente rimase senza effetto per cagioni onninamente casuali, la società potrebbe ragionevolmente temere l'ingiusto danno (1)». Questa argomentazione per altro, tuttochè acuta, è inconsequente; perocchè per punire l'agente non è già necessario, che dal delitto casualmente andato a vuoto si possa con certezza dedurre, che egli od altri commetterà una simile scelleratezza. Se ciò fosse, si verrebbe a punire l'agente pe'suoi delitti futuri meramente possibili. L'intraprendere un delitto con mezzi semplicemente insufficienti, è, rispetto alla punibilità od all'impunità, la stessa cosa.

4) Il Pratobevera sostiene l'impunità degli atti obiettivamente innocui, perchè una violazione di legge non consiste soltanto nell'intenzion dell'agente, ma ancora nella qualità obiettiva della sua azione. Questo scrittore crede, non potersi affermare, che l'intenzion chiaramente dimostrata con l'atto esterno, ossia il dolo, basti a costituire il conato, e che questo abbia un'essenza di fatto diversa da quella del delitto, che si sarebbe voluto consumare. Anzi egli replica, che al dolo si debba aggiungere essenzialmente un'azione obiettivamente pericolosa, cioè tale, che sia altamen-

(1) V. la genesi del diritto di punire parte IV. lib. 2. cap. 2. e 3.

te, pregiudicevole alla società, un male in somma, il quale o sia nato, o possa facilmente nascere. Io tralascerò di considerare, che questa argomentazione, certamente ingegnosa, piuttosto che sui generali principj del diritto, si fonda sullo spirito del codice penale austriaco, e specialmente sull'art. 7., il quale non si contenta, come le leggi precedenti, della semplice manifestazione dell' interno proposito, o della sola preordinazione del delitto, ma richiede ancora un'azione, conducente all' esecuzione effettiva (§. 8.). Prescinderò dall' osservare, che l' interpretazione del suddetto art. 7. è sommamente controversa, avvegnachè Jenni segnatamente ed Egger lo spieghino affatto altrimenti, e, per quanto pare, più giustamente. Non mi occuperò finalmente di rilevare, che, per esser conseguenti, non si poteva fare alcuna differenza fra l'uso di mezzi inidonei, o meramente insufficienti; perchè la qualità obiettiva dell' azione è palesemente la stessa nell' un caso e nell' altro. Ma ciò non ostante bisogna affermare contro Pratobevera, che non si può ammettere illazione dal delitto consumato al tentativo; perchè il conato, del pari che l' instigazione e il soccorso, ha un' essenza di fatto per sè stante, e perciò indipendente dai caratteri della consumazione. Dove perciò si domandi, se il legislatore debba fermare il principio, che il delitto tentato si punisca allorchè solamente ne soglia, od almeno ne possa derivare al comune un danno materiale, fa d'uopo rispondere assolutamente di no; perchè in ogni grado del conato predomina il punto di vista subiettivo, e perchè l' errore o la stoltezza dell' agente, o la semplice impossibilità naturale di consumare il delitto voluto, anzichè sopprimere la punibilità, appartengono piuttosto a quegli atti, dalla cui esecuzione l' agente fu impedito *suo mal grado*, e che son degni di pena.

Per puntellare questa opinione si può ricorrere ancora al Romagnosi, non ostante che egli difenda la tesi contraria. Questo scrittore in fatti osserva molto ingegnosamente (1), che il non volere, o il non potere sono le sole cagioni, capaci d' impedire la consumazione di un delitto. Il non volere deriva sempre da una mutazione avvenuta nell' animo dell' uomo, o in virtù d' un ordine d' idee affatto interno, o in virtù di cause esterne, che determinarono la volontà, a cambiarsi, come esempio grazia quando il ladro è sor-

preso, e prima di poter rubare s' invola. Nel primo caso l' esecuzione del fatto viene interrotta da cagioni puramente interne, o psicologiche: nel secondo all' incontro il tralasciamento procede da una causa esterna non imputabile, che per altro si distingue dal non potere, cioè da una circostanza, per cui divenga fisicamente impossibile all' agente di commettere l' atto voluto, e che può avere la sua origine o in una resistenza invincibile; o in una forza maggiore di quella dell' agente (come se questi venisse legato, o racchiuso), o finalmente in una mancanza sopravvenuta di vigore nelle facultà esecutrici di lui. Intantochè è possibile all' agente di superare il fisico impedimento, che si è opposto; la resistenza dee sempre attribuirsi alla sua volontà, e quindi ha luogo l' impunità. Ma se l' impedimento è insuperabile; allora dipende unicamente dalla forza di questo, che il delitto non si consumi, e perciò l' agente è punibile. — Ora si potrebbe egli, dietro questa deduzione, dubitare, se le azioni obiettivamente innocue appartengano alla categoria del non volere, o non piuttosto a quella del non potere? E così non si viene in qualche maniera il Romagnosi a confutar da sè stesso (2)?

### §. 11.

Il diritto comune non richiede che i requisiti finqui sviluppati (§. 8. — 10.) per la penalità del conato. E le moderne legislazioni gli hanno in più d' una guisa ristretti (§. 9. verso il fine e §. 10.), e d' altra parte ancora non poco allargati (§. 8.).

IV. Dietro i principj generali del diritto il Rossi (3) aggiunge condizioni della penalità del conato, che l' idea del delitto tentato, considerato come consumato, deve appartenere solamente ai reati di molta gravità. Imperocchè nei reati leggieri l' interesse, che prende la società nella punizione del tentativo, è sì piccolo, e la pena così lieve, che è molto più opportuno l' astenersi dal procedere criminalmente per conati di questa specie. Il Rossi riporta a questa categoria

(2) Si potrebbe qui osservare, che l' uso di mezzi innocui creduti nocivi non appartiene a rigore nè alla categoria del non volere, nè del non potere, ma bensì a quella del non sapere: la quale per altro, tuttochè non si debba forse confondere nè con la prima, nè con la seconda, è più affine a quella, che a questa.

N. d. T.

(3) I. c. II. 31.

(1) I. c. parte IV. lib. 1. cap. 7.

il furto, e la frode comune (In contrapposto alla falsità) del pari che certi altri reati, i quali colpiscono il più sacro interesse della vita interna della famiglia, e nei quali sarebbe insieme crudeltà ed imprudenza punire il conato: esempigrazia nell'adulterio, nella violenza in femmina, e nelle ordinarie violazioni del pudore. Questa è la teorica seguitata ancora dal codice penale francese, il quale punisce assolutamente il conato nei delitti solamente per eccezione, ma che contiene l'inconveniente di distinguergli uni dagli altri mediante la sola qualità della pena, e non per ragioni interne. Le moderne legislazioni germaniche non distinguono, rispetto alla penalità del conato, i reati gravi dai leggieri; ma rispetto ai *delicta carnis* ed a quelli affini, come sarebbe il ratto,

hanno adottato un altro spediente, che conduce al medesimo risultato, determinando, che per simili casi non si proceda *ex officio*, ma bensì a querela di parte: in conseguenza di che il conato viene ad esser punito solamente per eccezione (1). Ma la convenienza di questo principio non è fuori di controversia (2).

(1) Motivi del cod. di Württemberg p. 63.

(2) Sono per questa opinione Göaner nel nuovo arch. di dir. crim. t. VII. num. 17. Mittermaier ivi t. VI. p. 645. t. X. p. 267. anno 1834 fasc. 2. p. 266—268. Professano la contraria opinione Oersted Nuova contribuz. p. 270. Spangenberg Nuovo arch. ec. t. IX. p. 247., Trummer Filosof. del dir. p. 100—103 ec. ec.

## VIII.

### INTORNO ALLA DOTTRINA DEL FAVOREGGIAMENTO DEI DELITTI.

DISSERTAZIONE DI SANDER.

ESTRATTA DAL TOMO XIX FASC. 3, E DAL TOMO XX FASC. 2, E 3 DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE, ANNO 1838, E 1839 (a).

#### §. 1.

##### INTRODUZIONE.

Cicerone parlando dello Stato, disse giustamente, che qualunque investigazione d'un obbietto massimamente scientifico dee prender le mosse dal dichiarare l'idea e la denominazione di esso, ad effetto di evitare gli equivoci. Ma sebbene non si dissenta sul nome della cosa, onde ci proponiamo di ragionare, non potrà riuscire che malagevole l'accordarsi intorno all'idea ed all'essenza del favoreggiamento dei delitti, perchè in tutto il dirillo penale non vi è forse materia, che sia più incerta e più controversa di questa. Si leggano tutti i moderni compendj della scienza, ed in Tittmann, in Martin, in Rosshirt, in Waechter, ed in Fenerbach (pubblicato da Mittermaier) si troverà diversamente designato il tenore di questa idea. La determinazione della quale torna tanto più difficile, in quanto che i moderni progetti di codici penali, e principalmente quello pel Granducato di Baden, pigliano a designare il favoreggiamento, siccome un reato speciale, o *in genere*, senza per altro negare la sua generale natura, onde ne trattano nella parte generale, immediatamente dopo la partecipazione al delitto. Or se si cerca di fermare nel modo più generale possibile l'idea del favoreggiamento, si dovrà sotto di esso intendere quel fatto, col quale taluno, dopo che l'azione criminosa è stata

consumata da un altro, si pone scientemente, rispetto al delinquente, o al successo del delitto, in una relazione, in cui presla appoggio e facilità al delitto medesimo, od a chi lo commise. Se non che appunto questa generalità non è sufficiente a fornire l'intera idea del favoreggiamento, e a descrivere esattamente i conflui, che lo separano da altri fatti consimili del diritto penale. Laonde per giungere ad una compiuta e precisamente definita nozione del favoreggiamento, reputo necessario richiamare ad esame le norme vigenti dal diritto comune, che lo governano, ed investigare la sua essenza giuridica, e le varie guise, in cui si presenta.

#### §. 2.

##### *Disposizione del diritto romano rispetto al favoreggiamento.*

Il principale frammento (1) della collezione giustiniana, collegato con altri passi relativi al favoreggiamento (2), dimostra che il diritto romano considerò l'occultazione del delinquente, o la custodia d'una cosa, acquistata per via d'un delitto, come un'azione punibile, all'autor della quale si diede il nome di *receptor*. Dall'essere stato inserito nei dige-

(1) L. 1. D. de recept. (Marcianus) « *Pessima muni genus est receptorum, sine quibus nemo latere diu potest. Et praecipitur, ut a perinde puniantur atque latrones. In pari causa habendi sunt, qui (al. qui) cum apprehendere latrones possent, pecunia accepta, vel subceptorum parte, demiserunt.* »

(2) L. 2. D. eod. L. 48. §. 1. D. de furtis. L. 1. pr. D. de seruo fugit. L. 11. in f. D. de seruo corrupto. L. 3. §. 3. D. de abigeis. L. 9. Cod. ad L. Jul. de vi L. 1. D. Cod. de his qui latron. occulti. Pauli S. R. V. 3. §. 4.

(a) Vedi nelle leggi penali — Complicità nei reati art. 74 a 77. — Per la fuga dei condannati, complicità o negligenza dei custodi; per i loro ricettatori art. 253 a 260 — Complici e fautori delle comitive armate art. 133 a 136 e 139 e 160.

sti un titolo a parte *de receptatoribus*, conseguita, che il ricettatore si punisce come colpevole d'uno speciale delitto, e non già quale auxiliator del reato, rispetto al quale si contaminò di ricettazione. Dalla L. 1. D. *de receptator.*, che equiparò la pena di chi ricetta il ladro, ne a quella del ladrone medesimo, e specialmente dalla L. 9. Cod. *ad L. Jul. de vi* — *non dissimile est rapere et raptam rem servare* — si potrebbe in vero inferire l'eguaglianza del delitto, per modo che il ricettatore si debba considerare come un partecipante al delitto, e sottoporre alla medesima pena. Ma dalla L. 3. §. 3. D. *de abigeis* risulta, che il ricettatore si colpiva con una pena speciale, cioè con la *relegatio extra terram Italiae decem annis*, mentre l'*abigeus*, secondo la L. 1. D. h. t. *durissime, idest ad gladium damnari solet*; dal che si deduce, che la ricettazione fu sempre considerata come un particolare delitto, il cui castigo nel delitto di norme speciali, si regolava secondo la pena di quel delitto, in cui si era verificata.

Per ciò che concerne il modo di commettere il delitto di ricettazione, la maggior parte dei testi citati parlano solamente del caso, in cui il ricettatore accolga ed occulti il delinquente, o gli presti soccorso a fuggire. Ma la L. 9. Cod. *ad L. Jul. de vi* discorre espressamente ed unicamente della custodia di un oggetto rubato, prestata con cognizione del delitto; onde apparisce, che tanto la ricettazione del delinquente, quanto quella delle cose provenute dal delitto, basta ad imprimere sul colpevole il carattere di *receptor*. Si rileva per altro dalla L. 48. §. 1. D. *de furtis*, che a costituire pienamente la ricettazione punibile si richiede un occultamento e ricevimento effettivo del delinquente, o delle cose rubate; perocchè, secondo questo passo, si punisce alla pari del ladro soltanto *quis furem celet*, e non già *quis furem novit, sive indicet eum, sive non indicet*. Onde si prova, che il diritto romano non richiedeva generalmente la denuncia del delinquente conosciuto, e che il tacer solamente il nome di lui, od il luogo della sua dimora, senza cooperare all'occultazione della sua persona, non era un fatto punibile. Per altro non si può dimostrare, che il diritto romano, per punire la ricettazione, esigesse ripetuta più volte l'occultazione d'un delinquente, o di cose provenienti da un delitto; anzi dai passi citati conseguita fuor di dubbio, che anche la prima, e l'unica ricettazione bastasse a sottoporre l'agente

alla pena dei ricettatori. Bensì dalla L. 2. D. *de receptor.* si raccoglie, che ancora il diritto romano riconosceva la parentela col delinquente qual causa di attenuare la pena, conforme fanno i moderni progetti di codici criminali.

### §. 3.

#### *Disposizioni della Carolina intorno al favoreggiamento.*

Se la Carolina contenga in generale una qualche norma intorno al favoreggiamento, è cosa controversa; ma noi mostreremo, che l'opinione di coloro (1), che lo negano è da preferirsi. Imperocchè presupponendo, come si dee, che il diritto romano punisse il favoreggiamento, come un reato particolare di *receptatio*, è fuor di questione, che la Carolina non lo rammenta almeno sotto il medesimo aspetto. E qui si vuole specialmente notare, che la detta costituzione germanica nelle sue estese disposizioni sopra il furto non fa menzione del ricettatore del ladro, sebbene sia più antico di Carlo V il proverbio — il ricettatore è da quanto il ladro — e da ciò si possa dedurre, che ai compilatori ed ai consiglieri della Carolina non fosse ignota l'idea di favoreggiamento, e massimamente quella di ricettazione del rubatore e delle cose rubate. Se egli pertanto non ebbe questa idea, e non la inserirono nelle disposizioni che compilavano; conseguita, che la volessero lasciar fra le regole del diritto romano. Quando si volesse ammettere, che gli articoli 177. e 42. della Carolina si riferiscano, come affermano alcuni, al favoreggiamento; bisognerebbe desumerne ancora, che la detta costituzione cangiasse la natura giuridica di quel fatto, anteriormente considerato come un reato particolare, e che lo volesse qualificare generalmente per una partecipazione al delitto, al quale tien dietro; perocchè è indubitato ed indubitabile, che questi due articoli, e singolarmente l'art. 177. parlano generalmente di partecipazione al delitto. Ma questa necessaria conseguenza apparisce azzardata di per sè stessa, ed anche maggiormente, se si prendano a contemplare i predetti articoli. L'art. 177. che parla di aiuto, soccorso, e giovamento, prestato ai delinquenti, si riferisce chiaramente alla partecipazione effettiva al delitto, e precisamente ad *exercendum facinus*. Ma la differenza capitalissima tra favo-

(1) V. Martin §. 73.

reggiamento e partecipazione consiste appunto in questo: che il primo presuppone la intiera consumazione del delitto, mentre la seconda deve almeno contribuire a consumarlo. E perciò, se l'articolo 177. parla di soccorso prestato ad *exercendum factus*, esso prende solamente di mira la partecipazione effettiva nel delitto che si eseguisce, e non già il favoreggiamento somministrato ad un delitto già eseguito. Per contraddire a questa dottrina si sostiene, che l'articolo 42 tratta di veri favoreggiamenti prestati ai delitti, cioè di occultazione di delinquenti, e di oggetti rapinati e involati, e che, riconoscendo questi fatti, come soccorsi somministrati alla rapina ed al furto, viene a riporre il favoreggiamento nella partecipazione al delitto. Dove per altro si consideri la posizione dell'articolo 42., è facile ad accorgersi, che esso non mira a designare le idee dei delitti, ma che insieme con gli articoli precedenti e susseguenti intende solamente a determinar certi fatti, come fondamenti di sospetto di un delitto, che si debbono riputare bastevoli a sottoporre alla tortura. Si avverta inoltre, che il menzionato articolo, in luogo di stabilire, che le dette azioni si puniscano come favoreggiamenti del delitto, dichiara anzi, che di per sé non sono sufficienti a produrre una pena, ma solamente a costituire un indizio di partecipazione al reato (1).

#### §. 4.

*Se il favoreggiamento possa riguardarsi in generale come un atto punibile.*

Si pensi ciò che si vuole delle disposizioni del diritto romano e della Carolina intorno alla presente dottrina, farà d'uopo concedere ad ogni modo, che esse sono molto indeterminate ed incerte, e che pochissimo o nulla stabiliscono sull'essenza del favoreggiamento, sulle maniere, in cui si presenta, e sul fondamento ed il grado della sua punibilità secondo i generali principj del diritto penale. Investighiamo dunque, se in generale il favoreggiamento si debba annoverare fra gli atti punibili: per la quale ricerca fa d'uopo anzi tutto, che ci poniamo d'accordo sul carattere generale, che gli atti di favoreggiamento debbono avere, per esser degni di pena. Or si fatto carattere si potrà contrassegnare dicendo, che gli atti di favoreggiamento debbono essere

stati eseguiti solamente dopo l'avvenimento del reato, col quale hanno relazione; intrapresi dietro cognizione del delitto commesso; e diretti ad assicurare il successo del maleficio, o a soccorrere al delinquente. Se in fatti fossero stati eseguiti avanti l'avvenimento del reato, potrebbero esser puniti soltanto come partecipazioni al medesimo: se fossero stati eseguiti senza cognizione del delitto, potrebbero al più soggiacere a una pena, come reati per sé stanti: e se finalmente non fossero stati diretti a prestar soccorso al commesso delitto, o alla persona del delinquente, mancherebbe loro l'ingiustizia dell'intenzione, che li rende essenzialmente punibili. La misura poi della loro pena dovrà esser sempre ristretta; perchè il delitto non fu provocato, nè portato a compimento da essi, onde il fautore non può esser punito di un fatto avvenuto senza sua cooperazione, ma merita pena, solamente perchè la sua azione ha un carattere pericoloso per lo stato giuridico. Quando poi si presupponga, secondo i migliori dettami del diritto razionale, ed i principj generali del comun diritto criminale germanico, che un'azione è punibile, solamente allorché viola una positiva obbligazione del cittadino ad ometterla; ci persuaderemo, che son degni di pena que' soli favoreggiamenti, che sono stati positivamente intrapresi in relazione ad un delitto, o ad un delinquente, e che quelli denominati negativi, consistenti nel non impedire il delitto imminente, e nel non denunziare il delitto avvenuto, e il delinquente conosciuto, vogliansi lasciare impuniti, perchè non sono realmente compresi dentro la periferia dell'idea, che andiamo sviluppando. La persecuzione e la punizion dei delitti vuoi si considerare come una delle primarie o più necessarie incumbenze dello Stato, cioè della riunione degli uomini in società giuridica: e i cittadini, che la formano, hanno il dover giuridico di non diffidare, nè impedire la pubblica attività, che si dispiega per corrispondere a tanto ufficio. Ora, se un cittadino favorisce positivamente l'occultazione e l'impunità di un delitto, commette un'azione ingiusta in sé stessa, che lo Stato ha ragion di punire, come una violazione dei doveri del privato verso di lui. Quanto è facile dedurre dalla natura della cosa, che sono degni di pena i favoreggiamenti diretti all'occultazione di un delitto; altrettanto è difficile il ravvisare la penalità di un'altra classe di atti, che si sogliono generalmente riportare a que-

(1) Si confrontino col citato art. 42 anche gli art. 21. e 22 della Carolina.

sto capo, di quelli cioè, per cui il fautore non fa che partecipare, come dice Feuerbach (1), agli utili del delitto, o per cui, secondo l'espressione di alcuni progetti di codici penali (2), taluno acquista gli oggetti guadagnati col delitto. Per fondare la penalità di questi favoreggiamenti si può addurre, che dee considerarsi come violatore punibile del diritto quel cittadino, che trae vantaggio dal danno arrecato criminosamente ai propri concittadini, acquistando per esempio a basso prezzo gli oggetti involati. Se in fatti egli sa, che quelle cose sono rubate, e nondimeno le acquista a basso prezzo, dimostra la propria approvazione del delitto, e con un atto ingiusto in sè stesso promove il suo proprio interesse, dando così a conoscere, che, se non ha il coraggio e la destrezza del ladro, racchiude per altro un animo egualmente cupido d'ingiusto guadagno. Ma, tuttochè l'approvazione d'un reato sia certamente un fatto immorale, è d'uopo riflettere, che il delitto è già consumato, e che con approvarlo, e col trarne profitto, non si contribuisce menomamente a commetterlo. E lo Stato ha da esercitare il diritto di punire per la commissione dei delitti, non per loro approvazione; perchè altrimenti potrebbero esser colpiti di pena anche gli atti i più innocenti, segnatamente le materie politiche. Sia pur conforme alla giustizia, che niuno possa trarre vantaggio dall'altrui pregiudizio: qual per altro non si presenta alcun fatto, che sia punibile in sè medesimo, a meno che non si volesse criminalmente perseguire una moltitudine di affari, che si presentano nel quotidiano commercio. Ancorchè la cosa guadagnata provenga da un delitto commesso a carico altrui, pure all'atto del guadagno di essa non si può imprimere il carattere di un reato punibile. Dopo che in fatti il delitto è interamente consumato, un affare giuridico, lecito in sè stesso, conchiuso sull'oggetto del delitto, può essere tanto meno un'azione punibile, in quanto che non ne seguita, che l'agente godesse dell'avvenuto reato, e lo approvasse. Può darsi, che il fatto criminoso fosse del tutto indifferente per lui, e che la sua mira fosse unicamente diretta a trar profitto dalla cosa offerta-gli. Oltretutto l'utile, che si può ricavare dal delitto commesso da un altro, è così diverso di forma e di quantità, che rie-

sce impossibile colpirlo di pena come vantaggio proveniente da un reato. E quando si pensi, che nel furto, dove questa specie di favoreggiamento si presenta spessissimo, intercede una grandissima differenza fra colui, che compra la cosa rubata per un prezzo che non involge lesione, e colui che beve un bicchiere di vino involato, converrà rinunciare all'idea di riferir tali azioni ad un vantaggio proveniente dal delitto. Nientedimeno certe azioni, dirette a conseguire e ad assicurarsi l'utile del reato, saranno pur di tal indole, da contenere ad un tempo un'occultazione del delitto, o del delinquente. Talora per esempio la cosa rubata, o comprata dalle mani del ladro, si nasconde, si trasforma, si pone in uno stato, che ne impedisca il riconoscimento, o si trasporta in luoghi remoti. Talora il compratore, consapevole del proprio torto, fornisce al delinquente appoggio e ricovero: nel qual caso concorre tutto ciò che dee concorrere nel fautore, che presta soccorso al delinquente, ad effetto di nascondere lui ed il delitto. In chi fa questo, per conseguire il proprio vantaggio, si troverà certamente una maggiore immoralità, che in quel fautore, che aiuta il delinquente per compassione, o per timor di vendetta, e perciò si presenterà un giusto motivo di punire più severamente il primo, che il secondo. Ma il criterio della loro penalità, piuttostochè dalla ragion del vantaggio ritratto dal reato, dipenderà sempre dal riflesso, che simili azioni ascondono il delinquente o il delitto, e che si fatta occultazione od è lo scopo delle medesime, o il mezzo di conseguire un profitto. Il profitto allora diventa causa aggravante la pena del favoreggiamento, e, dove questo si converta in mestiere, può imprimere nell'azione il carattere d'un reato per sè stante, come sarà mostrato più sotto.

### §. 5.

*Se i favoreggiamenti si debbano riguardare come partecipazioni al delitto commesso, o come atti criminosi particolari.*

Per lungo tempo si è riputato quasi generalmente, che il favoreggiamento fosse una partecipazione al delitto, alla quale si è dato il nome di partecipazione susseguente. Ma i criminalisti ed i codici penali moderni hanno rinunciato a questa idea, ed intendono per favoreggiamento un atto criminoso particolare, senza farne per altro un delitto nomina-

(1) Elem. pubblicati da Mittermaier §. 53.

(2) Prog. di Württemberg art. 83. num. 3.  
Prog. di Baden §. 120. num. 3.

to per sè stante. E non è dato ragionevolmente impugnare, che il favoreggiamento non possa in alcuna maniera considerarsi, qual partecipazione al reato. Si è avvertito più volte, che il carattere essenzialissimo del favoreggiamento di fronte ad altri atti punibili consiste in questo: che il delitto favorito debb'essere stato consumato avanti il fatto, che gli presta favore. Ora per partecipazione ad un delitto si dee necessariamente intendere quell'azione, che in qualche maniera coopera all'avvenimento delittuoso, e lo aiuta. E siccome la partecipazione può riferirsi alla risoluzione dell'agente a delinquere (esempigrazia eccitandolo), oppure all'esecuzione delittuosa (esempigrazia prestandogli un'assistenza cooperativa); così debb'esser sempre diretta a produrre il reato: nè si può concepire la possibilità di prender parte nella risoluzione e nella esecuzione di un atto, che quando questi due fattori, e specialmente l'ultimo, non hanno ricevuto il loro compimento. Ma il favoreggiamento presuppone la piena esistenza dell'azione delittuosa; dunque la sana logica non permette di considerarlo come partecipazione al maleficio precedentemente compiuto. Persino quei malefici, che per la loro consumazione richiedono un determinato successo, possono ricevere favoreggiamento solamente allorchè quel successo non è ancora accaduto; per modo che un'azione intrapresa a loro riguardo, anche dopo il fatto criminoso, conserva il carattere di soccorso, se fu diretta a produrre il menzionato successo. Del resto è giuridicamente e fisicamente impossibile il partecipare ad un atto già consumato: e quando un fatto, che in qualche modo si riferisce ad un'azione già compiuta, è punibile di per sè stesso, può esser bensì un reato particolare, ma non mai una partecipazione al delitto. Inoltre, dove si consideri la direzione affatto diversa dell'intenzione dell'ausiliatore e del fautore, si potrà facilmente ritrovar nel secondo l'indole del primo. Ancorchè in fatti si voglia concedere, che l'ausiliatore non abbia un proposito ingiusto pari a quello dell'autore; pur deve aver cognizione del delitto, che sta per commettersi, e cooperare ad effettuarlo. Ma l'intenzione del fautore è di tutt'altra specie. Egli mira solamente ad occultare il delitto avvenuto, perchè non venga sottoposto alla pena, o a procurarsi una ricompensa di sì fatta occultazione. Il delitto consumato non è lo scopo, ma l'oggetto dell'azione di lui. Se dunque il

favoreggiamento, nè dal lato della sua esecuzione, nè da quello dell'ingiusto proposito, può ripularsi una partecipazione al già commesso delitto, si può dimandare, qual posto meriterà fra le azioni delittuose. Alla qual ricerca non si può soddisfare, che assegnando un nuovo posto nella partizion dei reati al favoreggiamento, che da poco tempo è stato separato dalla partecipazione, e riguardato come un delitto speciale.

Martin (§. 73) vuole, che il favoreggiamento venga valutato per un delitto per sè stante di polizia; e siccome si conviene, che il fautore si proponga di occultare il delitto, di facilitarne la persecuzione, e di procurare l'impunità al delinquente; così è giusto ripularlo, sotto questo punto di vista, come violatore dello stato generale giuridico, e responsabile d'un reato di polizia. Se non che nella maggior parte dei casi non è immediatamente e solamente diretto a nascondere il delinquente e il delitto, ma a trarre un guadagno dalle cose acquistate col maleficio, o dal maleficio medesimo. Per ottenere questo vantaggio, egli cela il delinquente, e ricetta gli oggetti criminosamente acquistati. L'occultazione, e la ricettazione del malfattore e del maleficio, non è il fine della sua azione, ma solamente il mezzo di conseguire o d'assicurarsi un ingiusto profitto: e, se il fine e l'intenzione dell'atto dee nel diritto penale determinare la relazione; fa d'uopo riconoscere, che il favoreggiamento si connette così da vicino col delitto commesso contro i singoli, che non si dee separare da esso, per farne un reato indipendente.

D'altra parte si trovano nel diritto civile degli affari giuridici, che hanno un carattere particolare e proprio nel nascere e nel presentarsi, e che pur non sussistono di per sè soli, ma solamente come annessi ad un altro affare giuridico indipendente. Questi sono i patli accessori, che si distinguono dai principali, e loro si contrappongono. Ora il favoreggiamento ha la stessa posizione nella giurisprudenza criminale. Esso è veramente una particolare azione punibile, ed affatto separata dagli atti delittuosi per sè stanti: ma non è possibile immaginarla di per sè sola. Nasce solamente in virtù della sua connessione con un reato per sè stante, e della sua dipendenza da questo, ed è quindi un delitto accessorio a quello favoreggiato, che si dee giudicare come delitto principale. Nella sua natura di delitto accessorio si può

presentare in tutti i malefizi per sè slanti; e come si può dare cauzione di canzone, così ancora favoreggiamento di favoreggiamento. È governato da principj propri nella sua essenza di fatto, e nella sua penalità: ma non può esistere senza un altro delitto per sè stante, a cui si riferisca. Vive e si dilegua insieme col delitto principale; cosicchè il favoreggiamento di un fatto, il quale non sia di per sè un'azione punibile, nè si possa ravvisare come un delitto principale, non può mai soggiacere a pena criminale. E se si presenta un'azione punibile, affine al favoreggiamento, la quale abbia il carattere assoluto d'un reato per sè stante non è un vero favoreggiamento, ma un delitto principale. Laonde questa qualità di delitto accessorio è nel medesimo tempo il carattere logico del vero favoreggiamento.

#### §. 6.

*Essenza di fatto del favoreggiamento secondo i dottori e le leggi moderne.*

A stabilire compiutamente l'essenza di fatto del favoreggiamento nel rispetto obiettivo e subiettivo, sarà necessario prima di tutto richiamare l'attenzione dei lettori e ricordare, che le semplici omissioni d'impedimenti di delitti imminenti, e di denuncia di delitti avvenuti, non appartengono alla presente disamina. Esse sono per vero dire affinali al favoreggiamento, perchè hanno parimente la natura di delitti accessori e riesce talvolta difficile il distinguerle dal medesimo: ma ciò non ostante è dato scoprire il carattere, per cui si separano fra di loro. Dove in fatti si rifletta, che la semplice permissione di un atto data al delinquente, esempio grazia di ricoverarsi in casa, dipende dall'elezione e dalla licenza del ricoverante, e che l'omissione di denuncia o d'impedimento di un delitto, allorchè non vi sia ufficialmente obbligato, è punibile solamente come una mancanza d'utilità, ci convinceremo, che il favoreggiamento richiede sempre un'azione positiva. Ma le condizioni della essenza di fatto di questo reato accessorio sono state diversamente stabilite così dai dottori, come dai codici moderni. Feuerbach appella fautore colui che contribuisce al delitto dopo che è stato già consumato, e poscia riporta alcuni atti, che si debbono ripulare favoreggiamenti. Mittermaier all'opposto nella sua edizione degli elementi di Feuerbach crede straniera alle leggi questa definizione, ed insegna, che sono favoreggiamenti

certo azioni, casualmente connesse con un delitto avvenuto, e dichiarate punibili dal diritto vigente, le quali costituiscono un reato speciale, in quanto non furono precedentemente concolate col delinquente, nè dirette a fargli conseguire il successo dell'azione criminosa. Il codice penale bavaro nell'art. 84. riconosce colpevole di favoreggiamento colui, che dopo il compimento della trasgressione soccorre, in proposito della medesima, al malfattore mediante un'azione od una omissione involontaria, semprechè non gli abbia promesso un tale aiuto avanti la consumazione del fatto; e negli articoli 85. e 86. riporta alcune azioni, che sono di favoreggiamento. Il progetto di Württemberg dichiara fautore colui, che dopo la compiuta esecuzione del fatto criminoso, e relativamente al medesimo, presta assistenza agli autori, ovvero agli ausiliatori, purchè non avesse promesso questo soccorso avanti la consumazione. Quindi è reo di favoreggiamento 1) chiunque scientemente ricetta il delinquente presso di sè, lo nasconde, o gli fornisce il modo di fuggire; 2) chiunque lo aiuta a sopprimere le tracce, o le prove dell'azione delittuosa; 3) chiunque scientemente riceve le cose acquistate per mezzo del maleficio, le nasconde, le compra, o le spaccia ad altri. Finalmente nel progetto di Baden si riconosce responsabile del reato particolare di favoreggiamento colui, che, senza concerto anteriore col delinquente, gli presta scientemente, dopo il compimento del fatto, un soccorso relativo al delitto, od agevolando gli il conseguimento o il godimento dei vantaggi, derivanti dal maleficio, od aiutandolo a frustrare la persecuzione giudiziale. Quindi è reo di favoreggiamento 1) chiunque scientemente ricetta, e nasconde i delinquenti, o procura loro i mezzi di fuggire; 2) chiunque intenzionalmente soccorre ai delinquenti, cancellando le tracce, o le prove del delitto, o cooperando a cancellarle; 3) chiunque riceve scientemente in custodia le cose guadagnate col delitto, lo nasconde, le acquista, o procura di spacciarle ad altri.

#### §. 7.

*Osservazioni sopra le predette determinazioni.*

Dalle esposte determinazioni chiaramente risulta, che l'idea del reato di favoreggiamento si va formando adesso; perocchè siccome Mittermaier è più

compinto di Feuerbach, così il recentissimo progetto di Baden va più oltre del codice bavaro e del progetto di Württemberg, dichiarando con maggior precisione, che il favoreggiamento è un reato particolare. Nondimeno tutte queste determinazioni, non escluse le più recenti del progetto di Baden, non sono bastanti a porre in chiara luce l'essenza di fatto del favoreggiamento, come si rileva ancora dall'essersi addotti degli esempj ad effetto di renderne evidente l'idea. Quando i codici parlano dell'omicidio precipitato, o del furto, non si trova mai dichiarato, che si renda colpevole del primo delitto chiunque trafigga col pugnale il petto di alcuno, e così gli toglie la vita, o che si macchi del secondo maleficio chiunque trae occultamente il fazzoletto dalla tasca altrui. Ed allorchè nei codici si leggono quelle esemplificazioni, che incontriamo rispetto al favoreggiamento, non si cade in errore concludendone, che il legislatore, s'è accorto, che le sue generali disposizioni non sono abbastanza chiare e compiute, e che ha creduto perciò di doverne facilitare al giudice l'intelligenza, e la retta applicazione.

Per ciò che concerne la definizione di Feuerbach, essa è troppo generale, perchè se ne possa desumere, qual sia la specie di contribuzione, che reude fautore l'agente. Anche gli atti, da quello scrittore addotti a dichiarazione del proprio concetto, i quali dovrebbero dimostrare e contenere una tal contribuzione, non bastano a renderla evidente; perchè in esse se ne presentano di quelli (come i diretti a conseguire le utilità del delitto) che sono da riportarsi piuttosto sotto l'aiuto, e perchè si riguardano per favoreggiamenti ancora le omissioni, che ne debbono essere costantemente escluse, se è vero, che l'espressione contribuire contenga sempre un'idea positiva. Ma la volontaria contribuzione ai vantaggi del fatto, riferita da Feuerbach al favoreggiamento, è certamente troppo estesa; perocchè si potrebbe così punire come fautore quel nipote, che sta dugento miglia lontano dal luogo del commesso delitto è affatto ignaro del fatto criminoso, quando voglia acquistare l'eredità d'uno zio, barbaramente ucciso da un altro nipote con l'avidità mira di entrare al possesso del patrimonio.

La definizione di Mittermaier nella nota al §. 53 degli elementi di Feuerbach si limita a rinviare al favoreggiamenti, specialmente indicati come punibili dalle leggi, e non fa che sceverarli

da quelle azioni, che furon promesse avanti la commissione del fatto, o dirette a far sì, che il delitto ottenesse il suo successo, le quali appartengono all'aiuto, e non al favoreggiamento del maleficio. Siccome per altro questi favoreggiamenti non sono specialmente notati, nè descritti nella loro forma e direzione generale, così non potremo fare in proposito che una osservazione. Il favoreggiamento, secondo Mittermaier, dee consistere in certe azioni, che stanno in connessione casuale con un delitto commesso. Assumendo la parola casuale nell'uso generale della favella, si potrebbe intendere, che l'atto favorevole costituisca un favoreggiamento punibile, anche quando non sia stato menomamente intrapreso con l'intenzione rivolta ad un commesso delitto già conosciuto, ma gli abbia meramente prestato un servizio nel suo successo: e così si potrebbe punire, come fautore, colui, che, senza conoscere il delitto, ha somministrato protezione e soccorso a un delinquente perseguitato, per mezzo di quest'azione casuale. È manifesto, che con la parola casuale non si è voluto esprimere questo pensiero. Essa anzi sembra diretta a significare, che un atto di favoreggiamento non debb'essere stato promesso avanti la consumazione del reato, ma eseguito dopo di questa mediante un concorso casuale del fautore e del delinquente, e diretto a favorire in qualche maniera il delitto conosciuto. Ciò presupposto, la parola casuale altro non fa, che indicare il carattere capitale, onde il favoreggiamento si discerne dall'aiuto, cioè che l'atto del fautore, anche quando vien promesso, o si effettua, si dee riferire ad un delitto già consumato, mentre l'ausiliatore coopera in qualche guisa a produrre il maleficio.

Il codice penale bavaro, parlando, come ben si comprende, dall'opinione di Feuerbach, annovera tra i favoreggiamenti le semplici omissioni (sempigratia la non fatta denunzia del delinquente conosciuto), le quali debbono esserne affatto separate, e solamente nell'art. 85. adduce alcune azioni, che rendono fautore chi le commette. Ma nel precedente art. 84. dichiara generalmente colpevole di favoreggiamento colui, che mediante un'azione od una omissione indoverosa, relativa alla trasgressione avvenuta, presta servizio ad un malfattore dopo l'esecuzione del maleficio. E siccome questa designazione è manifestamente troppo generale, ed i caratteri del favoreggiamento non sono sviluppati abbastanza

neppur dagli esempj riportati nell'art. 83, perchè non si considera affatto l'intenzione illegale dell'agente; così al codice bavaro si potrà fare lo stesso rimprovero di soverchia generalità, del quale sono in questa parte meritevoli gli elementi di Feuerbach.

Il progetto di Württemberg nella sua general definizione del favoreggiamento premessa nell'art. 83. si esprime quasi negli stessi termini del codice penale di Baviera, dal quale diversifica solamente in quanto non riferisce a questo capo le semplici omissioni, elevate nell'articolo 87. e 88. al grado di speciali azioni punibili. D'altra parte gli atti particolari, nel medesimo articolo addotti a dimostrazione del favoreggiamento, corrispondono con quelli contenuti nel progetto di Baden, si possono perciò esaminare insieme con questo.

Il progetto di Baden si distingue dalle altre leggi, primariamente perchè designa il favoreggiamento come un reato speciale. Ma se per un reato speciale s'intende un atto delittuoso particolarmente segnalato dalla legge penale, ed esattamente separato da altri reati, il favoreggiamento non si può considerarlo come tale, perchè non è costituito da un'essenza di fatto assodata, ma è strettamente connesso con un altro delitto per sé stante, come si riconosce ancora dal progetto di Baden, che ne tratta nella parte generale, e lo punisce in ragione della qualità e quantità del delitto principale. È chiaro, che questo progetto non intende che a rilevare la differenza, che intercede fra il reato speciale di favoreggiamento e la partecipazione ad un delitto. Ma poichè questa differenza è sufficientemente riposta nella definizione del favoreggiamento così potrebbe desiderarsi, che esso non fosse menzionato come un reato particolare; perchè questa denominazione fa nascere alcuni imbarazzi rispetto alla competenza del tribunale inquirente, i quali non fanno che perturbare le indagini processuali intorno al delitto principale. Quando in fatti il favoreggiamento sia un reato speciale, dovrà pure avere il suo *forum commissi delicti*, separato dal foro del delitto principale. Or siccome il progetto di Baden appella nell'art. 121. il delitto favorito col nome di delitto principale, nulla osterebbe al chiamarlo delitto accessorio il favoreggiamento nell'art. 120. Un'altra differenza fra il progetto di Baden e quello di Württemberg consiste in questo: che il primo trova il favoreggiamento nell'agevolare il conseguimento o il godimento delle utilità provenienti dal delitto, o nell'aiutare a frustrare la persecuzione giudiziale; mentre il secondo parla solamente in generale dell'agevolamento di un delitto. La semplice menzione d'agevolamento di un delitto è molto lontana dal riuscire sufficiente; onde il progetto di Baden ha avuto il merito di andare più oltre. Se non che si può dubitare, se la sua più precisa designazione abbia compiutamente determinato il favoreggiamento, o se possa diventare sorgente, non dico di errori, ma almeno di pericoli. Può d'uno in fatti considerarsi fautore anche quello che giova al delinquente per conseguire le utilità del delitto. Ma d'altra parte è nota la partizione dei delitti in materiali e formali. Si sa, che sono materiali quelli, per la cui consumazione richiedesi un determinato successo (per lo più ancora il vantaggio, che ricava il delinquente dal fatto); e che sono formali quelli, che si consumano indipendentemente da un successo, mediante la semplice forma dell'atto delittuoso. Questa partizione è riconosciuta ancora dal progetto di Baden, almeno relativamente ai delitti materiali; avvegnachè secondo l'art. 90. un delitto, per la cui idea sia richiesto dalla legge un determinato successo, non si consideri consumato, che quando questo successo ha avuto luogo. Dunque in un delitto materiale si dovrà, secondo il progetto di Baden, punire come fautore colui, che agevola al delinquente il conseguimento dell'utilità procedente da delitto; mentre il fatto agente è piuttosto ausiliatore, come quegli che opera ad oggetto che il delinquente consegna il desiderato vantaggio, ed ottenga il successo. Ognorachè l'utilità consegnibile dal delitto concorra col successo delittuoso pigliato di mira, il delitto materiale non è consumato prima che sia stato ottenuto il vantaggio, cioè prima che abbia avuto luogo il successo. Ogni azione di un terzo, la quale sia diretta a far conseguire al delinquente il vantaggio del delitto, influisce dunque sull'avvenimento del successo, e conseguentemente sulla consumazione del materiale, onde imprime fuor di dubbio all'agente il carattere d'ausiliatore, non di fautore. L'aiuto in fatti si distingue dal favoreggiamento, perchè il primo presuppone non consumato il delitto; e il secondo lo presuppone consumato. Ora il menzionato progetto non distingue nel favoreggiamento fra delitti materiali e formali. E mentre i giudici danno a buona ragione un gran peso al successo avvenuto, e così all'uti-

mento o il godimento delle utilità provenienti dal delitto, o nell'aiutare a frustrare la persecuzione giudiziale; mentre il secondo parla solamente in generale dell'agevolamento di un delitto. La semplice menzione d'agevolamento di un delitto è molto lontana dal riuscire sufficiente; onde il progetto di Baden ha avuto il merito di andare più oltre. Se non che si può dubitare, se la sua più precisa designazione abbia compiutamente determinato il favoreggiamento, o se possa diventare sorgente, non dico di errori, ma almeno di pericoli. Può d'uno in fatti considerarsi fautore anche quello che giova al delinquente per conseguire le utilità del delitto. Ma d'altra parte è nota la partizione dei delitti in materiali e formali. Si sa, che sono materiali quelli, per la cui consumazione richiedesi un determinato successo (per lo più ancora il vantaggio, che ricava il delinquente dal fatto); e che sono formali quelli, che si consumano indipendentemente da un successo, mediante la semplice forma dell'atto delittuoso. Questa partizione è riconosciuta ancora dal progetto di Baden, almeno relativamente ai delitti materiali; avvegnachè secondo l'art. 90. un delitto, per la cui idea sia richiesto dalla legge un determinato successo, non si consideri consumato, che quando questo successo ha avuto luogo. Dunque in un delitto materiale si dovrà, secondo il progetto di Baden, punire come fautore colui, che agevola al delinquente il conseguimento dell'utilità procedente da delitto; mentre il fatto agente è piuttosto ausiliatore, come quegli che opera ad oggetto che il delinquente consegna il desiderato vantaggio, ed ottenga il successo. Ognorachè l'utilità consegnibile dal delitto concorra col successo delittuoso pigliato di mira, il delitto materiale non è consumato prima che sia stato ottenuto il vantaggio, cioè prima che abbia avuto luogo il successo. Ogni azione di un terzo, la quale sia diretta a far conseguire al delinquente il vantaggio del delitto, influisce dunque sull'avvenimento del successo, e conseguentemente sulla consumazione del materiale, onde imprime fuor di dubbio all'agente il carattere d'ausiliatore, non di fautore. L'aiuto in fatti si distingue dal favoreggiamento, perchè il primo presuppone non consumato il delitto; e il secondo lo presuppone consumato. Ora il menzionato progetto non distingue nel favoreggiamento fra delitti materiali e formali. E mentre i giudici danno a buona ragione un gran peso al successo avvenuto, e così all'uti-

lità conseguita dal delinquente; è da temere, che essi puniscano come fautori, non come ausiliatori, tutti coloro che aiutano il malfattore ad ottenere il vantaggio del fatto criminoso, tanto più che l'opinione più mite volesse preferire a quella, che si trae dietro una pena più rigorosa. Nè si può opporre l'art. 115. num. 2., che vuol punito come ausiliatore chi agevola il nascimento dell'effetto delittuoso. È giusto, che nei casi, in cui l'effetto delittuoso concorre con l'utilità ricavata dal delitto, chiunque agevola il conseguimento del profitto proveniente dal reato (come si esprime l'art. 121) sia pur considerato come agevolatore dell'effetto delittuoso, e perciò come ausiliatore. Ma appunto dall'esser diverso il diletto, ed eguale l'interno significato degli articoli 115. e 121. sorge la contraddizione, che nel primo l'agente è indicato come ausiliatore, e nel secondo come fautore: la qual contraddizione del progetto, se trapassasse nella legge, non si potrebbe risolver dal giudice, che ammettendo l'opinione più mite, e così applicando all'inculpato la pena del favoreggiamento. Si dirà, che nell'art. 121 è prescritto abbastanza, che il favoreggiamento presuppone in qualunque caso un delitto consumato, e che perciò il giudice nel valutare un'azione, diretta a conseguire i vantaggi del delitto, non può dubitare di considerarla come un soccorso, quando il conseguimento dell'utile sia nel medesimo tempo l'avvenimento del successo delittuoso, e si richieda questo successo per la consumazione del reato. Ma qui appunto sta il male. Nè il progetto di Baden, nè quello di Württemberg ha chiaramente espresso, che il favoreggiamento presuppone la consumazione del delitto favoreggiato. Nè l'uno nè l'altro ha parlato di consumazione, ma ambedue si sono serviti dell'espressione « dopo il compimento del fatto »: la quale non equivale in alcun modo al delitto consumato. In fatti nella criminale giurisprudenza si dice consumato un delitto, quando l'atto illecito possiede oramai tutti quei requisiti, che ne formano l'idea legale: mentre si chiama compiuto un delitto, quando è stato eseguito l'atto illecito, che aveva per iscopo la produzione del reato secondo la sua idea legale. E quanto diverso passi fra delitto compiuto e consumato, apparisce evidentemente nei delitti materiali, dove il fatto delittuoso, che doveva portare il reato al successo richiesto per la consumazione, può essere stato pienamente eseguito; e non o-

stante il reato medesimo non esser consumato; tantochè non abbia avuto luogo questo successo. Se dunque amendue i progetti parlano solamente di compimento del fatto delittuoso, e puniscono come fautore colui, che scientemente presta soccorso al delitto dopo compiuto il fatto; si dovrà punire di favoreggiamento anche quello, che dopo l'esecuzione del fatto agevola il successo del delitto. S'immagini esempigrazia, che un nipote avveleni lo zio, per lucrarne l'eredità. Appena l'agente ha fatto inghiottire al paziente la bevanda avvelenata, il fatto dell'avvelenamento è compiuto. Ora supponiamo che l'avvelenato, appena sente i primi dolori, chieda dell'olio, o del latte, per liberarsi dal veleno, e che un terzo gli neghi a bella posta le cose domandate, rompa l'orrio dell'olio, versi il latte, affinché l'avvelenatore giunga così a conseguire l'eredità dello zio. Quel terzo non avrà fatto che aiutare il delinquente dopo il compimento del fatto, ed agevolare il conseguimento delle utilità provenienti dal delitto. Quindi, secondo la letterale disposizione del progetto di Baden, dovrà esser considerato come fautore, e punito al più con la carcere: mentre è stato un vero ausiliatore del veneficio, e, se non la pena di morte, merita almeno una lunga reclusione nella casa di disciplina. Nè si può addurre in contraria, che l'art. 120. designa il carattere del favoreggiamento, dicendo, che l'assistenza debb'esser prestata all'agente senza concerto anteriore. Ciò significa, che al tempo, in cui viene intrapreso il fatto delittuoso, non abbia avuto luogo alcun accordo, nè alcuna promessa di favoreggiamento fra il delinquente ed il coadiuvante; avvegnachè l'intervento di questa promessa avanti il delitto, o nella esecuzione di esso, convertirebbe il coadiuvante in ausiliatore. Ma nei delitti materiali, in cui il successo del fatto, e così la consumazione del delitto non si verifica immediatamente insieme col compimento dell'atto delittuoso, intercede un intervallo fra questo compimento e l'avvenimento di quel successo: e chiunque in questo intervallo, conoscendo il delitto, e d'accordo col delinquente, coadiuva costui, affinché abbia luogo il successo, e sia conseguita l'utilità del reato, è certamente un ausiliatore; laddove, secondo l'art. 120. del progetto di Baden, dee giudicarsi fautore, perchè il suo accordo col delinquente avvenne dopo il compimento del fatto, sebbene avanti la sua consumazione. So bene, che nella

maggior parte dei casi si cercherà, prima del compimento del fatto, di assicurarsi l'azione, che deve agevolare il conseguimento del criminoso profitto: ma d'altra parte non è impossibile, che un delinquente, il quale crede di potersi aspettare un soccorso per ottenere l'utilità criminosa, compisca l'atto principale del delitto, e poscia lo faccia conoscere ad un terzo, ed ecciti questo ad agevolargliene i vantaggi.

Da tutto ciò si può con sicurezza concludere, che nel favoreggiamento è cosa pericolosa parlar solamente di compimento delittuoso, mentre la sola consumazione separa il favoreggiamento dalla partecipazione; e che è cosa doppiamente pericolosa giudicare un favoreggiamento, diretto ad ottenere le utilità del delitto, quando queste concorrono col criminoso successo. In questi due punti i progetti di Württemberg e di Baden meriterebbero di esser modificati. Quanto agli atti, che ne' due progetti si riferiscono ad esempio del favoreggiamento, non è da dubitare, che non possano avere quest'indole: ma se si considera la forma esteriore dell'atto, riferita nella legge, si scopre, che essa si può immaginare anche senza che vi si trovi un favoreggiamento. Chiunque per esempio coadiuva un delinquente a fuggire, è fautore. Ma chi gli insegnasse una via, che lo conducesse nelle mani della pubblica forza, o gli desse un cattivo legno, perchè facesse lentamente cammino, non si potrebbe certamente punire di favoreggiamento. Chiunque prende in custodia le cose guadagnate col delitto, o le compra, è dichiarato fautore. Ma chi se ne facesse depositario, o acquirente, per serbarle, e restituirle al proprietario, non potrebbe giudicarsi colpevole di favoreggiamento. Si dirà, che allora viene a mancare il carattere precipuo del favoreggiamento; cioè il coadiuvamento del delitto e del delinquente. Ma appunto perchè questo interno carattere costituisce principalmente il favoreggiamento, il riportare quelle forme esterne è inutile. Gli atti della custodia, o della compra delle cose, e dell'occultazione dei delinquenti, sono di per sé indifferenti. Solamente la causa interna e l'intenzione li tramuta in punibili; perchè la maggior parte del favoreggiamenti non contengono in sé medesimi alcun male materiale, che richiami necessariamente sopra di essi la giustizia penale. Chiunque uccide un uomo richiama subito la giustizia penale ad investigare accuratamente il suo atto: ma chi

presta assistenza ad un delinquente, non produce alcun pregiudizio materiale. Quindi è più conveniente per un codice penale il fermare i caratteri interni del favoreggiamento, il dimostrare, qual debba esser la causa e lo scopo di un atto, affinchè si possa considerare come favoreggiamento punibile; che restringersi a nominare certi atti esternamente designati, che possono essere e non essere favoreggiamenti, secondochè dipendono da questa cagione, e sono animati da una, o da un'altra intenzione.

## §. 8.

### *Pena del favoreggiamento secondo i dottori e le leggi moderne.*

Quando le linee fondamentali della essenza di fatto d'un atto punibile sono incerte, non è meraviglia il trovare la stessa incertezza nelle sanzioni penali, che lo contemplano. E ciò appunto è avvenuto nel favoreggiamento dei delitti. I giureconsulti, dominati sempre dall'idea, che il favoreggiamento sia una specie di partecipazione al delitto, si contentano di suggerire pe' fautori l'infimo grado della pena dovuta ai partecipanti: col qual principio concorda anche l'art. 84. del codice bavaro, che vuol punito il fautore come un ausiliatore di terzo grado. I codici moderni, distinguendo meglio il fautore dall'ausiliatore, fissano all'incontro per primo una pena particolare, ma diversificano molto fra loro nella sua quantità. Mentre in fatti il codice di Sassonia minaccia ai fautori nominati nell'art. 38 e 239. un terzo al più della pena stabilita pel delitto favoreggiato, il progetto di Württemberg nell'art. 84., e quello di Baden nell'art. 121. colpiscono il fautore di carcere, o di multa, e nel favoreggiamento per mestiere, salvi certi casi particolari, salgono fino alla casa di lavoro. Ma tutte queste leggi, nell'adeguare la pena entro la prescritta misura, non si prendono alcun pensiero del modo, in cui avvenne il favoreggiamento, nè dell'intenzione del fautore, e prescrivono al giudice di considerar solamente la qualità e la quantità del delitto principale favoreggiato. Amendue questi progetti esimon per altro dalla pena del favoreggiamento i congiugi, i consanguinei e gli affini in linea ascendente e discendente senza differenza di grado, i fratelli e i cognati, i tutori e i pupilli, i nutricatori e gli alunni, quando, come dice la legge di Württem-

berg, ha avuto luogo per proteggere la persona dell'agente, e, come dice la legge di Baden, per proteggere l'agente dal scoprimento, e dalla persecuzione giudiziale; mentre il codice di Sassonia nell'art. 41. non libera i tutori e i pupilli, o nel favoreggiamento dei delitti contro la proprietà, commesso per via di partecipazione ai loro frutti, si astien dal punire i genitori ed i figli solamente allorché ne hanno profittato per necessario sostentamento.

Un errore comune di tutte queste disposizioni legali sembra esser quello di non avere alcun riguardo, nella punizione del favoreggiamento, alla colpa particolare del fautore, alla causa, al modo, ed all'intenzione, per cui favorisce, e di volere adeguata la pena dietro la sola qualità e quantità del delitto principale favoreggiato. Non si può certamente negare, che questa qualità e quantità debba sempre costituire una norma della pena; perocché il favoreggiamento, come delitto accessorio, sta in una connessione immediata col delitto principale favoreggiato, e perciò dipende più o meno dalla ragion penale di questo. Ma siccome il favoreggiamento ha pur la natura d'un reato speciale, dee contenere ancora in sè stesso i principj della sua varia punibilità. È chiaro in fatti, che colui, il quale per mera compassione favoreggi un amico, autore d'un omicidio d'impeto, è meno punibile di chi favoreggia un ladro, ricevendone in premio una parte delle cose involate; e ciò non ostante il primo, dietro la quantità del più grave delitto favoreggiato, soggiace ad una pena maggiore del secondo. E questo errore è tanto più grave nei progetti di Württemberg e di Baden, in quanto che essi adeguano la pena del favoreggiamento dietro la sola qualità e quantità del delitto principale, niente considerando, che il fautore non ha alcuna cognizione immediata di esso, e che nella maggior parte dei casi la riceve dal delinquente; per modo che la pena del favoreggiamento non può esser determinata dalla qualità e quantità del delitto principale, ma solamente dalla cognizione, che il fautore ne ottiene dal principal delinquente. Se vien favoreggiato, e così sottratto alla persecuzione giudiziale un latrocinatore, che si sia dato a conoscere per un semplice ladro, il fautore, che gli agevoli il modo di fuggire, non debb'essere certamente punito secondo la qualità del delitto principale di latrocinio. Il progetto di Württemberg ha mostrato di dar qualche peso a queste

osservazioni, in quanto che vuol punito il ricettatore del ladro, che considera come un fautore qualificato, secondo il grado della sua colpa, ed in ragion della pena del ladro; mentre l'art. 239. del codice di Sassonia, sebbene nel determinare la pena della ricettazione abbia riguardo al fatto guadagno, propone poi un'altra misura, come l'aulca, cioè la quantità del delitto principale. Anche due queste leggi presentano sì fatta norma nella sola ricettazione, e rispetto al favoreggiamento in generale, singolarmente a quello diretto a frustrare la persecuzione giudiziale, si contentano di misurare la pena dalla qualità e quantità del delitto principale. Ma le loro prescrizioni penali sono mirabilmente diverse; perocché la legge di Sassonia stabilisce come *maximum* dieci anni di casa di disciplina di primo grado, e la legge di Württemberg, due anni di carcere di circondario: dal che si scorge manifestamente, che l'indole e la punibilità del favoreggiamento è ancora molto lontana dalla desiderata chiarezza. Sembra del resto, che il tempo abbia condotto sempre più a separare il favoreggiamento dalla partecipazione al delitto, ed insieme a sottoporre ad una punizione più mite il favoreggiamento, giacché il progetto di Baden, che è il più recente, prescrive come *maximum* un solo anno di carcere. Il che per altro non sta in alcuna proporzione coi dieci anni di casa di disciplina del codice sassone; onde si può sicuramente concludere, o che è troppo rigorosa la legge di Sassonia, o che è troppo dolce il progetto di Baden.

La grande incertezza, in cui uno si trova rispetto all'idea ed alla penalità del favoreggiamento, si riconosce poi chiaramente nelle disposizioni delle leggi moderne sopra i casi d'impunità del medesimo. Da essi in fatti è dato discernere, che si è per vero dire ravvisata la diversa direzione del favoreggiamento secondo la varia maniera del suo comparire, e secondo lo scopo del fautore, ma che non siamo ancora arrivati a meglio determinarne l'idea, a distinguerne con maggior precisione i modi, in cui si presenta, e ad indicarne più esattamente la penalità.

L'art. 38. del codice di Sassonia dispone generalmente, che debba punirsi, qual fautore del commesso delitto, colui, che condurrà un delinquente dopo il compimento del fatto, mediante ricettazione, agevolamento di fuga, occultazione o spaccio degli oggetti del reato, soppressione o distruzione delle vestigie, o do-

gl'indizj dell'azione punibile: e per tali atti l'art. 41. stabilisce l'impunità a pro dei congiunti ivi meuzionati, purchè abbiano operato solamente per proteggere la persona dell'agente. Nell'art. 238. all'incontro, quanto ai delitti, che offendono la proprietà, sono puniti come fautori coloro, che scientemente ricevono, ascondono, acquistano, o spacciano cose altrui, tolte ingiustamente al loro possessore, o in qualche modo ne traggono profitto, senza che occorra guardare alle loro relazioni personali col delinquente principale. Dove per altro la moglie ed i figli ricevano il necessario sostentamento da oggetti ingiustamente acquistati, ciò non si dee riputare un guadagno illecito. Ma chiunque concede scientemente ricetto a ladri, o a rapinatori, o spaccia per mestiere cose rubate, o rapinate, è punito da un anno di casa di lavoro fino a sei anni di casa di disciplina.

All'incontro il progetto di Württemberg dichiara colpevole di favoreggiamento chiunque coadiuva un delinquente rispetto ad un delitto, ed adduce diversi esempj. Esime per altro (art. 86) dalla pena i prossimi congiunti, quando il favoreggiamento ha avuto luogo semplicemente per proteggere la persona dell'agente. Ma nell'art. 85. punisce con la casa di lavoro il favoreggiamento per mestiere, e nell'art. 324. commina la carcere a colui, che con intenzion di guadagno dà ricovero al ladro, riceve, nasconde, acquista, od aiuta a spacciare merci di conosciuta provenienza furtiva, ancorchè sia congiunto dell'agente.

Finalmente il progetto di Baden riconosce colpevole di favoreggiamento colui, che coadiuva il delinquente a conseguire, o a godere le utilità provenienti dal delitto, o a render vana la persecuzion giudiziale. E chiunque favoreggia i delitti per mestiere soggiace, secondo l'art. 122., alla casa di lavoro: ma, a tenore dell'art. 123., vanno liberi dalla pena i prossimi congiunti ivi nominati, quando non abbiano fatto che protegger l'agente dal discoprimiento, o dalla persecuzion giudiziale.

Dove si pongano a confronto questi tre codici, si scorge tosto, che, nel fissare l'idea generale o la pena del favoreggiamento, non danno alcun peso al motivo di esso, ma si contentano del successo, e dell'intenzione di coadiuvare in qualche modo il principal delinquente relativamente al delitto. Solamente nella determinazione della pena queste leggi

lasciano trasparire una differenza rispetto al motivo, per cui il favoreggiamento è avvenuto; in quanto che lo dichiarano impunito nei prossimi congiunti, quando sia stato intrapreso semplicemente per proteggere l'agente dal discoprimiento, o dalla persecuzion giudiziale. Suppongon dunque un'altra specie di favoreggiamento, punibile ancora ne' prossimi congiunti, e degno di maggior pena di quello prestato a vantaggio della persona dell'agente. Qual sarà dunque sì fatto favoreggiamento, e da che si potrà riconoscere? I menzionati tre codici non ce ne danno alcuna distinta notizia: ma dalle loro disposizioni intorno alla recitazione del ladro risulta con sufficiente certezza, che al favoreggiamento intrapreso per sostenere la persona colpevole essi contrappongono quello eseguito per amor di guadagno, e che lo voglion punito anche ne' congiunti dell'agente. Dalla qual regola il solo codice di Sassonia eccettua la moglie ed i figli, in quanto l'utilità ricavata dal delitto favoreggiato si debba stimare un necessario sostentamento. Ma quando il favoreggiamento abbia luogo per mestiere, dee sempre applicarsi, a tenore di tutte e tre le dette leggi, una pena, e più grave: dal che si deduce, che le medesime danno una special qualificazione al favoreggiamento per amor di guadagno; perocchè il favoreggiare i delitti per mestiere non può avere altro motivo che il proprio interesse. Quanto è certo poi, che le leggi distinguono, rispetto alla pena, il favoreggiamento diretto ad assicurare unicamente la persona del delinquente, da quello prestato per amor di guadagno; quanto è giusto, che specialmente qualifichino quello prestato per mestiere; altrettanto questa differenza, desunta dal motivo e dallo scopo dell'atto, dovrebbe influir sull'idea, sull'essenza di fatto, e sulla misura generale della pena del favoreggiamento, avvegnachè solamente per questo mezzo possa rischiararsi con la debita luce la presente dottrina.

### § 9.

*Tentativo per fissar la natura e l'essenza di fatto del favoreggiamento dei delitti.*

Tutte le azioni umane, come fenomeni riconoscibili del mondo esteriore, sono connesse col diritto penale, o col diritto civile, e, tuttochè simili esternamente, prendono indole diversa dall'uno, o dall'altro. Quanto in un'azione umana è

maggior la violazione rispetto alle norme penali, tanto è più discernibile dalle azioni, che contengono una violazione del dritto non minacciata dalla legge criminale. E viceversa quanto in un'azione è più lieve la violazione del dritto, tanto più si accosta alle azioni, che sono indifferenti almeno per la legge penale, e tanto più è necessario, che il legislatore la determini esattamente, affinché sia removed il pericolo di punire degli atti non comminati di pena. A questa maggiore necessità va per altro congiunta una maggiore difficoltà; onde esempli-grazia è molto più agevole determinare il delitto di omicidio, che quello di frode. Quando si riflette pertanto, che il favoreggiamento consiste sempre in una azione susseguita al delitto già consumato, la quale perciò non lo ha in alcuna maniera prodotto, si scopre, che forma uno degli ultimi anelli della catena degli atti delittuosi, contemplati dalla legge penale; che si avvicina a quelle azioni, che non cadono più sotto di essa; e che la sua precisa determinazione è tanto necessaria, quanto malagevole.

Fra i requisiti non impugnati, nè impugnabili, del favoreggiamento, il primo si è, che consista in un'azione commessa con cognizione del delitto avvenuto; perocchè, mancando questa cognizione, l'atto intrapreso a riguardar del delitto, o del delinquente, non può essere un favoreggiamento del reato eseguito da un altro, ma solamente un fatto particolare punibile di per sè, o del tutto indifferente per la legge penale. Perciò il progetto di Baden, nella determinazione generale del favoreggiamento, ha posto giustamente questa cognizione: la quale nella discussione del codice di Württemberg fu dichiarata, mediante l'inserzione della parola scientemente, come appartenente all'essenza del favoreggiamento. E sebbene il codice di Sassonia non abbia rammentato questa cognizione nella definizione del favoreggiamento (art. 38.), l'ha per altro riguardata necessaria nella ricettazione (art. 239.), servendosi dell'avverbio scientemente; sicchè non si può dubitare, che nel favoreggiamento generale non si richieda una tal cognizione, come fondamento precipuo della sua idea.

Un secondo requisito incontrastabile dei favoreggiamenti si è, che sieno eseguiti dopo la consumazione del delitto, e senza che ne fosse stata fatta antecedente promessa al delinquente. Imperocchè se hanno luogo con cognizione di un delitto intrapreso, e non ancora consuma-

to, sono atti di cooperazione, e di soccorso, e l'agente cade allora sotto l'idea di ausiliatore, o partecipante, non di fautore. Tutte le moderne leggi sono concordi in questo proposito: ma non esprimono con sufficiente precisione sì fatto requisito, quando parlano solamente di azioni avvenute dopo il compimento del fatto. Nel § 7 della presente dissertazione è stato già dimostrato, che questa formula non designa esattamente la consumazione principale, del delitto la quale vuol essere precisamente espressa nella definizione del favoreggiamento. Auzi è da credere, che neppure la formula dopo la consumazione del fatto sia interamente bastevole a distinguere debitamente il favoreggiamento dal soccorso, che è sempre più grave. S'immagini per esempio, che un ladro, tolte le cose dal loro posto, le abbia raccolte insieme, e che col suo fagotto sia già in procinto di uscir dalla casa, in cui ha commesso il furto. Alla porta di casa gli si fa incontro il servitore del derubato, si accorge fosto del furto, può gridare aiuto, e fermare il ladro: ma in quella vece accetta del danaro da lui, e lo lascia tranquillamente andare con le cose inviolate. Secondo la teorica del pigliamento, oggidì ricevuta comunemente, il furto era qui consumato, quando il servitore incontrò il ladro, ed avtoned danaro lo lasciò tranquillamente partire. Quel servitore sarebbe dunque un fautore del furto. Eppure si dovrà considerare come un ausiliatore, che ha contribuito essenzialmente alla consumazione del delitto, rispetto all'utilità presa di mira dall'agente principale. L'inconveniente sarebbe ancora più grave nell'incendio. Imperocchè, se questo delitto si consuma con lo scoppiare del fuoco, come dice la legge di Württemberg, o col porre in fiamme, come dice il progetto di Baden, non sarà che fautore quel famigliare, che, potendo soffocare col piè le scintille suscitate dall'incendiario, prende danaro da lui per rimanersi spettatore tranquillo, e per insegnargli inoltre una via segreta di fuga; mentre è veramente un ausiliatore, che ha meritato una pena poco minore dell'agente principale. Sarebbe facile moltiplicare gli esempi: ma questi due riferiti, dove specialmente si connettano con quanto si è detto nel § 7 bastano a dimostrare, che, per distinguere esattamente il favoreggiamento dalla partecipazione e dall'aiuto, non basta richiedere, che il delitto principale sia stato favoreggiato dopo la consumazione del fatto, ma bisogna indagare

una più precisa determinazione, se non si vuole incorrere nel difetto di colpire con la pena troppo leggiera del fautore un delinquente, che si avvicina al coautore. Nè si dica, che in amendue gli addotti esempj si presenta semplicemente il difetto d'impedimento di un delitto. Imperocchè, dove si rifletta, che il carattere essenziale del non impedimento consiste nell'assoluta passività del non impediute, e che qui abbiamo una vera azione positiva del sopravvenuto all'esecuzione il quale non solamente tace, ma prende danaro, ed agevola la fuga del delinquente, ci convinceremo di leggieri, che non è questa l'idea, sotto di cui possono riportarsi i nostri casi. All'essenza del non impedimento appartiene, che il conoscitore della preparazione, dei tentativi, o della esecuzione non faccia alcun passo per impedire il delitto, ma lo lasci accadere, astenendosi per altro da qualunque partecipazione. Il non impedimento adunque è relativo al tempo anteriore alla consumazione del delitto. Se all'incontro si prende a contemplare l'essenza del favoreggiamento, si riconosce, che è capitale carattere del medesimo la consumazione del delitto favoreggiato, il quale dee potersi considerare come un fatto pienamente terminato. Ed appunto per questo gli atti di favoreggiamento non stanno in una relazione immediata col delitto, ma piuttosto con la persona del delinquente, che viene aiutato a fuggire, o coi successi delittuosi già prodotti da lui, in quanto gli venga prestato soccorso a spacciare le cose involate. Ma quando si esamina un'azione, diretta in vero a favorire il delitto, ma eseguita nel tempo, in cui quello avveniva, si vede, che la medesima si connette con l'avvenimento, e perciò col delitto. In quel tempo il delitto può certamente essere stato consumato in senso giuridico: ma la consumazione è un'idea giuridica, introdotta a fine di designare i caratteri, da cui dipende l'integrità di un reato e della sua punizione. Dei resto l'avvenimento della consumazione può avere nello spazio del tempo una durata, nella quale, sebbene l'agente principale non possa fare di più per consumare il delitto, un terzo per altro abbia modo di unirsi in guisa da cooperare all'effetto delittuoso. Se così è, ragion vorrà, che il delitto si consideri consumato rispetto all'agente principale: ma rispetto al successo del delitto, ed a chi ne soffre il pregiudizio può tuttavia venire arrecata una contribuzione, che si presenta piuttosto sotto l'a-

spetto di partecipazione, che di vero favoreggiamento. Il che avrà luogo principalmente allorchè un terzo si aggiunga a terminare interamente un delitto, del quale avrebbe potuto distornare il successo. Se nel primo degli esempj sorriferiti il servitore avesse gridato al ladro; questi sarebbe stato costretto a gettar via il fagotto involato, e la sottrazione non sarebbe, a riguardo del proprietario, avvenuta. E se nel secondo esempio fosse stato dato il segnale dell'incendio, il fuoco sarebbe rimasto estinto senza alcun danno, mentre la casa è andata in cenere. Nell'uno e nell'altro caso il terzo ha contribuito al successo del delitto, e perciò merita di esser punito come ausiliatore. Per distinguere dunque a dovere il favoreggiamento dalla partecipazione, non solo bisognerà riporlo in un atto posteriore alla consumazione del delitto, ma farà d'uopo aggiugnere ancora, che mediante quell'atto l'agente non abbia contribuito ad effettuare il delitto nel suo successo contro il subietto passivo.

Per ciò che concerne il favoreggiamento rispetto al modo della sua esterna comparsa, allo scopo, che propone l'agente, ed al motivo, che lo determina ad operare, le leggi moderne non fanno distinzioni sufficienti, ed in questa materia confondono sempre gli atti di ricettazione, che dovrebbero costituire uno speciale reato per sè stante. I progettisti di Württemberg e di Baden citano espressamente certe azioni, che debbono contenere il favoreggiamento nella sua esterna comparsa: vale a dire l'occultazione del delinquente, la soppressione delle tracce del delitto, e l'occultazione o l'acquisto delle cose guadagnate col delitto. Ma questi titoli non si possono separare, come è stato fatto; perchè in tutti e tre si può presentare affatto egualmente il favoreggiamento, che principalmente consiste nello scopo e nel motivo. Quando in fatti si ammette, che un favoreggiamento è avvenuto per frustrare la persecuzione giudiziale, il fautore può tanto avere occultato il delinquente, quanto aiutato a sopprimere le tracce che in lui si trovavano, o nascosto le cose guadagnate, come vestigie del reato. Ed il motivo di questi tre atti può essere stato lo stesso. Allorchè taluno, per soddisfare la propria avidità, prende danaro da un delinquente per favoreggiare un reato, può tanto occultare il delinquente, quanto le tracce che in lui si ritrovano, o le cose guadagnate, come vestigie del delitto: nel qual caso tutti e

tre quegli atti sono diretti allo stesso scopo, e derivano dallo stesso motivo, per cui si distinguono in tre categorie. Inoltre tal distinzione può facilmente procedere, che il giudice ammetta in quel fattore, che si rese colpevole di due o tre atti di questa specie, un favoreggiamento più grave e quasi continuato, e che perciò punisca il fattore, che occultò il delinquente e le cose guadagnate col delitto, più di colui, che nascose soltanto il delinquente, tuttochè non interceda fra loro alcuna real differenza, l'atto favoreggiante sia eguale in sè stesso, e dalla maggiore o minore estensione del medesimo le leggi non facciano dipendere una pena maggiore o minore. Anzi le leggi non potrebbero nemmeno prescrivere una diversa quantità di pena secondo l'estensione dell'atto favoreggiante; perchè, dipende puramente dal caso, che il delinquente occultato porti sopra di sè le vestigia del delitto, ed abbia in dosso le cose guadagnate, e che perciò il nascondimento del malfattore contenga nel medesimo tempo la suppressione delle tracce del maleficio, e l'occultazione delle cose da esso provenienti. In special modo poi non si sa comprendere il perchè si faccia un titolo particolare della suppressione delle vestigia e dei mezzi probatorii del delitto, mentre il nascondere il delinquente, e l'agevolargli la fuga, è un cancellare la traccia principale del maleficio, e l'occultare o spacciare le cose guadagnate col reato equivale ad distruggere le prove di esso. Oltre di che nei due primitivi titoli, i quali contemplano l'occultazione del delinquente, e la suppressione delle prove del reato, si presenta principalmente il favoreggiamento diretto a sostenere la persona del malfattore, e nel terzo titolo, il quale contempla il soccorso a spacciare le cose guadagnate col delitto, si presenta specialmente il favoreggiamento prestato per proprio interesse: le quali specie si dovrebbero piuttosto distinguere per la pena, che per la descrizione della forma esterna dell'atto. In questa descrizione è certamente impossibile scandagliare ed abbracciare tutti i casi immaginabili di favoreggiamento: il quale non è costituito dalla forma esterna dell'atto, ma dallo scopo e dal motivo. E quando si dà troppo peso alla forma esterna dell'atto, s'è da temere, che il giudice punisca, come favoreggiamenti, dei fatti, che hanno la forma esterna di quelle esemplificati per tali dalla legge, e ne mandino impuniti altri, perchè non li trova contenuti nelle tre categorie sebbene i

primi non sieno, e gli ultimi sieno veri favoreggiamenti.

Per lo che in vece di restringersi alla forma esterna degli atti generici di favoreggiamento, bisognerebbe elevarsi allo scopo ed al motivo di essi, ed additarne la forma esterna nel solo rispetto del loro successo. In questo proposito si può veramente parlare di atti, che coadiuvino il delinquente dopo la consumazione del delitto, imperocchè il favoreggiamento dee servire in qualche guisa al vantaggio dei malfattori, se l'atto ha da avere una relazione col maleficio, e con chi lo commise, e dee possedere nel medesimo tempo una direzione ingiusta e punibile. Ma dove se ne consideri lo scopo, si concorda generalmente, che la mira precipua del fattore è quella di liberar dalla pena il delinquente, e di diffidare e frustrare la persecuzione criminale. Questo fine, che si manifesta principalmente con l'occultare il delinquente, con l'agevolargli la fuga, e col sopprimere le vestigia del delitto, è aditato dal progetto di Baden, in quanto parla di un favoreggiamento inteso a frustrare la persecuzione criminale. E siccome questa abbraccia l'intero procedimento diretto a scoprire e a punire un delinquente; così la detta espressione sembra significar pienamente quella direzione del favoreggiamento, della quale parliamo. Il fattore, che si propone sì fatto scopo, dirige il suo atto principalmente al delinquente, verso il quale il più delle volte ha motivo di usare dei personali riguardi. Ma quando il fattore dirige principalmente il suo atto alle cose guadagnate col delitto favoreggiato, quando occultata gli oggetti rubati, gli acquista, o gli spaccia ad altri; è animato per lo più dal motivo del proprio vantaggio, ossia dal desio di soddisfare al proprio interesse. Poichè per altro il favoreggiamento non è un delitto particolare, che stia per sè solo, ma nella sua qualità di accessorio acquista importanza giuridica dalla sua relazione col delitto principale; così non può esser determinato da un motivo proprio ed indipendente, ma la sua nozione dee sempre connettersi col reato principale favoreggiato. Or siccome in questo caso il favoreggiamento si dirige principalmente alle cose guadagnate col delitto, le quali pel delinquente principale costituiscono il profitto ricavato dalla consumazione; così l'idea del favoreggiamento dee riferirsi, quando al suo scopo, a questo profitto, ed additarlo. Il progetto di Baden si è avvicinato moltissimo a que-

sta indicazione, parlando di quel fautore, che presta servizio al delinquente principale, per fargli ottenere o godere i vantaggi provenienti dal delitto. Ma questa designazione esce fuori del termini del vero favoreggiamento. È stato già dimostrato di sopra, che quando nel favoreggiamento si parla di consumato delitto, non dee darsi a questa consumazione il senso giuridico relativo all'agente principale, ma solo di essa si deve intendere la intera esecuzione criminosa portata al suo pieno successo contro il subietto passivo. Or se nell'idea di favoreggiamento si ammette ancora un servizio, che coadiuvi a conseguire i vantaggi del delitto principale, si viene a presupporre, che l'autore di questo non sia pervenuto ad ottenerli compiutamente, e che il fautore lo aiuti a pervenire a tal meta. E, ciò essendo, l'azione del fautore non si dirige più alle sole utilità del delitto principale, come fatto onninamente terminato e concluso, ma sta in una relazione immediata col subietto passivo, facendo sì, che si accresca un pregiudizio a lui, ed un profitto al malfattore. Non è dunque un favoreggiamento, ma un aiuto prestato al delitto; onde l'espressione del progetto di Baden di agevolamento a conseguire il vantaggio del delitto è assolutamente da rigettarsi. Sotto di essa in fatti si dovrebbe per esempio intendere il caso del ladro, che non portasse il mantello rubato, e solamente dalla vendita di esso, fatta dal fautore, avesse ottenuto il profitto del furto. Ma l'idea di conseguimento del profitto comprende ancora il concetto di pervenire al medesimo, e perciò non può riguardarsi come un'esatta significazione del favoreggiamento. L'espressione di agevolare il godimento dei vantaggi è più giusta perchè non si può godere che ciò che si possiede pienamente, e quindi presuppone l'intero successo del reato principale può esser goduto non totalmente, nè subito; così non bisogna contentarsi del solo vocabolo godimento. Riflettendo pertanto, che il favoreggiamento relativo alle cose guadagnate col delitto si eseguisce principalmente occultarle, o nasconderele, col renderle incapaci di essere riconosciute, o con esitarle in luoghi remoti, e che così rimane assicurato il profitto del principal delinquente, sarà molto meglio indicare il favoreggiamento, dicendo, che esso consiste nell'agevolare il godimento e l'assicurazione degli utili provenienti dal reato principale. Il difetto di sicurezza del profitto delittuoso dipende principalmente dallo scoprimento del

maleficio: e così la parola assicuranza indica ad un tempo l'occultazione del vantaggio. Quando poi si ripone il favoreggiamento nell'agevolare il godimento, e nell'assicurare le utilità del delitto principale, abbraccia ancora un motivo, che, quantunque di rado, pur talvolta si presenta, quello cioè di favoreggiare non per interesse proprio, nè per riguardi personali verso il malfattore, ma per malvagità e spirito di vendetta contro il danneggiato dal maleficio, affinché non sia risarcito il pregiudizio arrecatogli. Un'altra specie di favoreggiamento non raro, che già si chiamava col nome di partecipazione susseguente, consiste nel coadiuvare con lo smercio delle cose rubate il principal delinquente, dopo la consumazione del delitto, ad oggetto di prendere una porzione delle medesime. Il motivo di ciò è certamente l'interesse; ma si cerca ad un tempo di frustrare, in un modo, o in un altro, la persecuzione giudiziale, e di procurare al principal delinquente il godimento e la sicurezza delle cose guadagnate col reato, di maniera che si può dire, che questo fine del favoreggiamento si trovi contenuto nel fini preminenti. Se non che in questi il favore è principalmente diretto al meglio del principal delinquente, cioè a procurare, che egli non sia punito, e che rimanga in possesso delle cose guadagnate: mentre qui vi: il fautore mira al proprio vantaggio, e vuole, che gli utili del delitto trapassino in lui. Anzi talora accade, ch'ei voglia ottenerli tutti, senza lasciarne alcuno al principal delinquente. A me si è presentato un caso, in cui il fautore non aveva menomamente diretto la propria azione ad occultare il principal delinquente, ma promosso all'incontro la persecuzione giudiziale di lui, - per non dargli alcuna parte delle cose rubate, depositate dal ladro in sue mani, e per liberarsi da un incomodo testimone. Qui non si trattava di favoreggiamento diretto al principal delinquente, al quale non si voleva assicurare alcun vantaggio, o godimento: ma l'agente cercava di assicurare a sè solo le cose sottratte. Si favoriva il delitto con l'unica mira di profittare del suo intero successo: si nascondevano le cose involate per proprio conto. Per lo che non sarà superfluo inserire anche questo scopo nella definizione del favoreggiamento, aggiungendo a' suoi fini anche quello della propria partecipazione alle cose guadagnate col delitto. Quando il favoreggiamento si considera diretto a coadiuvare il delinquente, si riconosce

di leggerli, che questa idea non è applicabile al caso riferito, in cui non fu prestato alcun servizio al principal malfattore, per frustrare la persecuzione giudiziale, o fargli godere, ed assicurargli il criminoso profitto. Ma d'altra parte qui si ritrova un favoreggiamento del delitto, perchè col ricevere scientemente e ritenere le cose, con esso guadagnate, si viene a nascondere l'acquisto, che di quelle si è fatto dal delinquente, al quale si rende un servizio, negando la loro provenienza da lui. Del resto l'atto favorevole può essere in molti casi diretto non tanto al delinquente, quanto al successo, che è nato dal delitto. Laonde non sarebbe inopportuno tener conto ancora di ogni agevolamento delle conseguenze criminose: il quale, anche prescindendo affatto dal delinquente, cade sotto l'idea del favore prestato al delitto.

I motivi poi del favoreggiamento si possono ridurre ai seguenti. O il fautore ha operato soltanto per riguardi personali verso il delinquente, esempigrazia per compassione; o per proprio interesse, cioè per ricavare un'utilità dalla sua azione; o per malvagità, e spirito di vendetta contro il danneggiato dal delitto; o finalmente per paura del malfattore. Questi motivi per altro non hanno una eguale influenza sul modo di favoreggiare. Per riguardi personali verso il delinquente, tanto si può nascondere lui, quanto spacciare le cose guadagnate col delitto: per proprio interesse, tanto si può pigliare una porzione degli oggetti rubati, quanto prestare al delinquente un aiuto prezzolato, perchè fugga. E siccome questi motivi, mentre possono determinare la misura penale del favoreggiamento, non contengono per altro il fondamento della sua penalità, il quale consiste nel coadiuvare il delinquente o il delitto, con cognizione del delitto medesimo; così non sarà conveniente inserirli nella definizione. Non si dee trascurare all'opposto, che certi coadiuvamenti, che contengono un favore effettivo pel principal delinquente, possono, rispetto al fautore, costituire un reato per sè stante: come se un impiegato, violando il suo dovere ufficiale, aiutasse un malfattore a fuggire. Fa d'uopo ancora avvertire, che si danno delitti, che, sebbene possano essere affatto consumati dall'agente principale, hanno per altro una durata di atti di commissione, intervenendo ai quali non si favorreggia il delitto, già compiuto dall'altro, ma si

contrae un reato, che sta di per sè. Ciò si verifica principalmente nella falsa moneta. Questo delitto si considera consumato mediante la fabbricazione delle false monete con l'intenzion di spacciarle; e la loro diffusione effettiva non è che una circostanza aggravante la pena. Or se un terzo riceve dal falso monetiere un numero di false monete e le spaccia, si potrebbe giudicare fautore del delitto, perchè aliena gli oggetti da esso provenienti, ed agevola al principal delinquente il godimento del criminoso profitto. Non di meno da tutte le leggi vien riguardato come diffonditore di false monete di concerto col fabbricatore, e trattato alla pari di questo. A ciò vuol si avvertire nella definizione del favoreggiamento, ad effetto di escluderne quelle azioni, con le quali si commette un delitto per sè stante.

Tutte le cose fin qui dette si riferiscono al favoreggiamento di un delitto già consumato. Ma il favoreggiamento diretto a frustrare la persecuzione giudiziale può aver luogo ancora nel tentativo delittuoso. All'essenza in fatti del favoreggiamento basta che sia stato favorito un fatto punibile, commesso senza cooperazione del fautore. Un tentativo andato a vuoto è un fatto punibile, e perciò può aver luogo un favoreggiamento posteriore alla sua esecuzione.

A tenore di queste premesse si potrebbe stabilire: *Chiunque, senza precedente concerto col delinquente, coadiuva scientemente il delitto dopo la sua consumazione, o dopo il tentativo, arretrazione, o rispetto al delinquente, o al successo del delitto; senza per altro contribuire con la propria azione a portare ad effetto il delitto, o il tentativo, tanto aiutando il delinquente a godere e ad assicurare i profitti del delitto, o a frustrare la persecuzione giudiziale, quanto promovendo il delitto per partecipare alle cose con esso guadagnate; postochè la sua azione non costituisca un delitto per sè stante, si rende colpevole del delitto accessorio di favoreggiamento.*

Appena occorre notare, che nel determinare l'aiuto o il non impedimento punibile del delitti, non meno che quegli atti, che, mentre favoreggiano il delitto altrui, contengono un reato per sè stante, fa di mestieri aver riguardo a questa definizione del favoreggiamento, e sempre stabilire la rispettiva idea giuridica dell'aiuto, del non impedimento, e del delitto per sè stante.

## §. 10.

*Pena del favoreggiamento.*

Quando il *maximum* della pena, fissato pel favoreggiamento dal codice di Sassonia in dieci anni di casa di disciplina di primo grado, si pone a confronto col *maximum*, proposto dal progetto di Baden in un anno di carcere di circondario, si scorge tosto, che in questa dottrina non si professano massime concordi. Secondo i moderni il diritto penale si fonda sul principio della giustizia; e coloro, che lo adottano, hanno il vantaggio di accreditare le pene concrete come assolutamente giuste. Ma questa base del diritto penale non mi è mai voluta apparire ben chiara. La giustizia è certamente un attributo necessario della pena: ma questo attributo non può costituirne il fondamento. Certo, se la teorica della giustizia s'intende nel senso, in cui l'ha sviluppata recentemente Trensfort nelle sue contribuzioni alla critica del progetto di Baden (Archivio 1838 p. 427 in nota); se la pena non dee curarsi di alcuna relazione concreta, ma solamente sostenere e conservare nella sua efficacia il diritto; si concederà, che ritrovi il suo fondamento nell'idea. Ma siccome il delitto è un fenomeno esterno del mondo sensibile, debb'esser tale ancora la pena: ed in questo rispetto essa contempla le manifestazioni esteriori e concrete del delitto come sue conseguenze, e vien così necessariamente determinata nella esterna comparsa della sua specie e misura. Ammettendo in fatti, che la pena non dovesse riferirsi che al diritto in astratto, farebbe d'uopo avvertire, che questo è sempre uno ed identico. Il diritto alla vita considerato in astratto è uguale al diritto alla salute, o agli averi: e per proteggere questo diritto unico ed identico basterebbe una pena unica ed identica, la quale verrebbe ad esser la sola giuridicamente fondata. Ma che una pena unica ed identica non soddisfaccia al bisogno, è proposizione, che non ha d'uopo di prova. Ed appunto perchè non può essere in ogni caso unica ed identica, ma fa di mestieri che sia un fenomeno esterno di maniera diversa, bisogna che si adatti ai varj fenomeni esterni, i quali si riducono alla violazione concreta del diritto, ed alla persona del delinquente. La teorica della giustizia assoluta del diritto penale consiste in somma nel riconoscere, che la pena è, e debb'essere una conseguenza

za necessaria del delitto, e riposa sulla legge del contrapposti, che si manifesta in ogni parte della ereazione.

Quantunque per altro non si professi questa dottrina, si può riguardare il favoreggiamento come un'azione malvagia in sè stessa, ed esternamente punibile. Siccome bensì il fautore non ha contribuito a produrre il reato principale, ma la sua azione è necessariamente commessa con quello, o col suo autore; così nell'adequare la pena del favoreggiamento bisognerà precipuamente guardare al reato principale ed alla sua punizione. Considerando per altro, che il fautore non commette un delitto per sè stante, la misura della sua punizione non potrà essere gran fatto elevata neppure nel suo *maximum*; cosicchè i dieci anni di casa di disciplina minacciali dal codice di Sassonia saranno un castigo evidentemente soverchio. Una pena criminale, che vada congiunta alla privazione dell'onore, non si dovrebbe imporre giammai al favoreggiamento: ed un anno di carcere, stabilito come *maximum* dal progetto di Baden, sembra che sia sufficiente. Imperocchè, quand'anche il favoreggiamento, avvenuto per frustrare la persecuzion giudiziale d'un delinquente, si volesse considerare come una specie di ribellione contro il pubblico potere, essa per altro sarebbe sempre tenue, non essendo ancora il delinquente nelle mani dell'autorità, nè avendo per anco il tribunale investigato le tracce del delitto, che furono per avventura cancellate. Di più la liberazione d'un carcerato, la quale è certamente meritevole di maggior castigo, soggiace da per tutto a pene restrittive non infamanti. Ed il favoreggiamento avvenuto con la sola mira di partecipare agli utili del delitto, comechè non contribuisce menomamente al medesimo, che è un fatto già consumato, non merita maggior pena di quel favoreggiamento, che rende vano il diritto dello Stato alla punizion del delitti; anzi dovrà sempre rimanere al di sotto della misura penale della liberazione de' carcerati. Laonde non si sa spiegare il perchè il codice di Sassonia nell'art. 109. potesse minacciare come *maximum* la pena di due anni di casa di lavoro alla liberazione anche violenta d'un carcerato, o dieci anni di casa di disciplina al favoreggiamento diretto a frustrare la persecuzion giudiziale.

Le leggi hanno prescritto, che l'indole del reato principale sia l'unico modulo della misura giudiziale nel punire il favoreggiamento: ma hanno poi ricono-

scelto l'insufficienza di questo principio col dichiarare impunito in certe persone il favoreggiamento, intrapreso unicamente per proteggere la persona d'un delinquente. Dal che apparisce, che stimano degno di maggior pena il favoreggiamento, prestato per soddisfare alla propria avidità, come quello, che non dee giammai rimanere impunito. Il favoreggiamento avvenuto soltanto per proteggere la persona d'un delinquente dipende il più delle volte da personali riguardi verso di lui. La compassione, la conoscenza, il timore sono sovente i motivi di questo favoreggiamento, animato perciò da impulsi meno punibili dell'interesse. Ma quando le leggi prenominate lasciano generalmente impunito in certe persone il favoreggiamento indirizzato alla sola protezione personale, comprendono sotto questa impunità ancora i casi, in cui venga favoreggiata per mercede la persona del reo, i quali non dovrebbero andare immuni da pena. Imperocchè il vero fondamento della minore penalità non consiste nell'esser diretto il favoreggiamento alla sola protezione personale del delinquente, ma nell'essere avvenuto per riguardi personali verso di lui, e non per interesse. Questi due impulsi posti a confronto fra loro dovrebbero tirarsi dietro un diverso *maximum* di pena; di maniera che il *maximum* del favoreggiamento prestato per riguardi personali fosse la metà di quello imposto al favoreggiamento prestato per riguardi personali fosse la metà di quello imposto al favoreggiamento intrapreso per interesse, e nel primo modo di favorire potesse aver luogo anche la multa, il secondo soggiacesse in ogni caso alla carcere. Fissato per altro l'interesse come un modulo della misura giudiziale, si dovrà inoltre badare alla quantità del vantaggio ritratto, la quale principalmente rileva allorchando il favoreggiamento consiste soltanto nella propria partecipazione alle utilità del reato, od è indirizzato ad assicurarne al delinquente il profitto. Nelle persone strettamente congiunte accade ancora, che il favoreggiamento commesso per riguardi personali si tragga dietro di sua natura un vantaggio pe' fautori. Se il marito ruba de' comestibili, o dei tessuti da far vesti, il favoreggiamento della moglie conterrà un vantaggio ancora per lei. Lo stesso ha luogo tra genitori e figliuoli. E perciò si dovrà, come ha pur fatto il codice di Sassonia nell'art. 239.,

lasciare impunito in questo rispetto il fautore, perchè il suo favoreggiamento della persona è inseparabile da quello relativo alla utilità. Anche fra altre persone intimamente congiunte un favoreggiamento prestato per riguardi personali verso l'agente conterrà frequentemente un vantaggio pel fautore: il quale per altro può sempre mantener pura la mano da ogni criminoso profitto, e, quando anche nasconda, esempigratia, le cose guadagnate col reato, può occultarle soltanto come tracce di esso, ad effetto di frustrare la persecuzione giudiziale. Ed in tal caso egli potrà meritare l'impunità, ognorachè si sia limitato a celare il delitto di un prossimo parente, senza partecipare agli utili criminali, nè farsi pagare della sua azione. Negli altri rari casi, in cui il favoreggiamento provenga da spirito di vendetta contro il danneggiato dal maleficio, si comprende agevolmente, che questo motivo è da equipararsi a quello dell'interesse. E per abbracciare generalmente gli altri ingiusti motivi di favoreggiamento, che si possono immaginare, sarà opportuno servirsi della formula: per interesse o per altra malvagia ragione. La giusta misura giudiziale della pena del favoreggiamento rimane poi compiutamente e sicuramente determinata dal contrario motivo meno punibile, che nasce dai soli personali riguardi verso l'agente.

Dietro queste premesse, le regole relative alla pena del favoreggiamento potrebbero esser distese così.

*Il favoreggiamento, avuto sempre riguardo alla cognizione, che ebbe l'agente, della qualità e quantità del delitto principale, è colpito di multa, o di carcere fino a sei mesi, quando s'è prestato solamente per proteggere la persona del delinquente. Ma se fu prestato per interesse o per altra malvagia ragione è colpito, secondo l'utilità ricavata, con la carcere fino ad un anno.*

*Il favoreggiamento fra i congiunti, o fra i genitori ed i figli, è impunito, a meno che non sia esercitato per mestiere. Tra parenti in linea ascendente o discendente, tra fratelli ed affini dello stesso grado, tra genitori e figli adottivi, tra nutricatori ed allievi, tra tutori e pupilli, è del pari impunito, purchè sia prestato per riguardi personali verso il principal delinquente.*

*Da queste disposizioni si eccettuano i casi di favoreggiamento, che sono dalla legge minacciati di pena particolare.*

## §. 11.

*Idea della ricettazione delle cose furtive per mestiere.*

L'esperienza di tutti i tempi e di tutti i popoli mostra, che nel delitto di furto si presenta una classe di complici, che comprano dal ladro le cose furtive per un prezzo molto più basso del vero loro valore, e per tal modo si procacciano un vantaggio illecito e punibile.

Il codice di Sassonia nell'art. 38. parla del favoreggiamento in generale senza relazione particolare con un reato speciale, e nell'art. 239., trattando dei delitti contro la proprietà, fa menzione di una ricettazione, che, quando sia convertita in mestiere, soggiace a pena più grave.

Il progetto di Württemberg parla del favoreggiamento in generale negli articoli 83. e 84: nell'art. 83. discorre di un favoreggiamento per mestiere, e nell'articolo 84 determina la punizione del ricettatore delle cose furtive, riportandosi al sopradDETTO art. 85.

Finalmente il progetto di Baden dispone intorno al favoreggiamento in generale negli articoli 120. e 121., e nell'art. 122. parla del favoreggiamento per mestiere, senza occuparsi menomamente della ricettazione nel delitto di furto:

È già stato dimostrato di sopra, che il favoreggiamento nella sua idea generale non è un atto di partecipazione al delitto principale, di cui non promuove la nascita esterna, nè la interna risoluzione. Ma chi promette per altro di favorire il delitto prima della sua esecuzione si considera come ausiliatore; sebbene non abbia contribuito il suo favore che dopo la consumazione del reato. È in fatti ragionevole il credere, che il principal delinquente si confermasse nella risoluzione di delinquere mediante il sostegno, che si assicurò per dopo il delitto. Ora è indubitato, che chiunque, conoscendo il furto, compra segretamente una cosa rubata, la nasconde, la spaccia in luoghi lontani, dee punirsi qual fautore, se opera in tal guisa per proprio interesse. Ma dove si supponga, che questo favoreggiamento sia stato ripetuto più volte a pro del medesimo ladro, e che il fautore faccia lo stesso verso altri ladri; bisognerà ammettere, che la certezza di trovare ancora in futuro una simile assistenza fortificherà le successive risoluzioni delittuose del rubatore, e provocherà per conseguenza dei nuovi

furti. Sia pure che il compratore delle cose rubate non abbia espressamente promesso la compra successiva al ladro: ma con averle acquistate più volte senza difficoltà gli ha dato una fondata speranza di far lo stesso per l'avvenire, e così lo ha eccitato ad altri furti. Avvi dunque fra loro un tacito accordo per la rubagione da un lato, e dall'altro per la compra delle cose rubate; onde il compratore esce dai limiti del favoreggiamento, che non dee contribuire affatto alla nascita del reato principale, e diventa responsabile della risoluzione dei furti posteriori, da esso agevolata e promossa. Quanto è certo bensì, che il compratore non è con questa condotta un semplice fautore, altrettanto è indubitato, che egli non può esser considerato come un vero ausiliatore; perchè l'idea di questo presuppone sempre uno speciale delitto, ed un'azione particolare diretta a commetterlo ed a promuoverlo, la quale non si presenta nel nostro caso. In fatti il compratore abituale può non avere alcuna notizia dei singoli furti; e la facilitazione, che mediante la sua compra fornisce al ladro, non consiste nell'agevolargli la via di commettere questa o quella ruberia, ma nel dargli ansa in generale a rubare, e speranza di vendere le cose rubate. Nell'incorrere in genere i furti, nel soddisfare ad un'illecita avidità, comprando le cose involate per un prezzo minore del giusto, e nell'occultare così la rubagione e le cose involate, si contiene per altro una maniera di operare, che non è meritevole di leggiero castigo: la quale, se non può riguardarsi come favoreggiamento, nè come aiuto, rimane che si consideri e si punisca come un delitto per se stante. Un caso analogo a questo s'incontra nel delitto di lenocinio, che si riferisce all'intera classe dei delitti d'incontinenza, come la ricettazione appartiene alla classe dei reati contro la proprietà. Anche il ruffiano, piuttosto che agevolare la commissione del singolo reato di carne, ne favorisce l'avvenimento generalmente, senza darsi pensiero dei particolari; si brutta di questo fango per soddisfare alla propria avidità, ed esercita quell'infamia per mestiere. Quindi nei reati contro la proprietà gli si potrebbe contrapporre il ricettatore; giacchè il procedimento dell'uno e dell'altro agente non differisce che in grazia della direzione rispettiva, ed amendue commettono un delitto indipendente nella sua idea e nella sua essenza di fatto. Il progetto di Baden molto giustamente,

per quanto nel pare, descrive nell'articolo 239. il lenocinio nella seguente maniera: « *Chiunque promovere, od agevolare per mestiere l'incontinenza altrui, o somministrando il luogo, o conducendo persone, o con altra mediazione* ». E con questa descrizione del lenocinio potrebbe e dovrebbe andare di pari passo, per quanto è possibile, la ricettazione. La forma esterna dell'atto, entro la quale si aggira la ricettazione, è la stessa; avvegnachè consista nel fornire un rifugio al delinquente, e lo smercio delle cose furtive, e queste due cose possano porsi convenientemente di fronte all'offerta dell'occasione, e al condonamento della persona nel lenocinio. Ma il comun carattere capitale del lenocinio e della ricettazione si distingue da quello del favoreggiamento, o dell'aiuto, a motivo dell'esercizio abituale, o del mestiere lucrativo. Poichè per altro la ricettazione si può presentare ancora sotto altre molteplici forme, che la fanno trapassare nella provincia dell'aiuto, farà d'uopo aggiungere al procedimento del ricettatore un contrassegno ulteriore, felicemente n.ato dal progetto di Duden con le parole - o con altra mediazione -; perocchè il ricettatore, come il ruffiano, comparisce principalmente qual mediatore del delitto, procurando al delinquente l'occasione di commetterlo, ed il mezzo di ricavarne vantaggio, col somministrargli un rifugio o con l'acquisto il mal tolto. Ma appunto perchè il lenocinio, come la ricettazione, appartiene piuttosto all'aiuto, che al semplice favoreggiamento, e perchè importa all'amministrazione della giustizia penale il sottoporre all'idea della ricettazione ancora colui, che coadiuva per mestiere i furti; bisognerà evitare l'espressione di favoreggiamento, e servirsi col progetto di Baden delle parole agevolamento e facilitazione. Quando si rifletta pertanto, che il favoreggiamento si distingue dall'aiuto, perchè il primo accade e nasce dopo la consumazione del delitto principale, o nel tempo della medesima, è un aiuto effettivo; si riconoscerà, che non si può parlar propriamente di un favoreggiamento per mestiere; perchè in questo esercizio abituale sta la promessa anteriore, tacita sì, ma indubitata, a pro del malfattore. Ed a significar la nozione o l'essenza di fatto della ricettazione non si dovrà aggiunger la causa dell'interesse, come quella che si trova compresa nell'espressione avverbiale per mestiere. Una descrizione più minuta dell'idea, che si contiene in sì fatta

espressione, non è necessaria, e diventerebbe pericolosa; perocchè potrebbe di leggieri produrre l'esclusione di casi, in cui mancassero le forme tassativamente stabilite, quantunque la ricettazione vi si presentasse nella sua integrità.

A tenore di queste premesse, la ricettazione si potrebbe definire così:

« *Chiunque agevolare, o facilitare per mestieri i delitti altrui contro la proprietà, o somministrando rifugio ai delinquenti, od acquistando le cose guadagnate col delitto, o per mezzo di altra mediazione, si rende colpevole del delitto di ricettazione.* »

## § 12.

### *Pena della ricettazione.*

I tre codici, che ci hanno somministrato materia di molte osservazioni, puniscono la ricettazione, come favoreggiamento per mestiere, assai più severamente del semplice favoreggiamento. Mentre in fatti il codice di Sassonia nell'art. 239 prescrive pel semplice favoreggiamento, relativo ai delitti contro la proprietà, la pena di carcere, impone alla ricettazione per mestiere una pena, che da un anno di casa di lavoro può elevarsi fino a sei anni di casa di disciplina di secondo grado. Il codice di Württemberg negli art. 85 e 334 colpisce in generale il ricettatore per mestiere con la casa di lavoro, e con la temporaria o perpetua privazione, dell'arte di cui fu fatto abuso per ricettare; e la stessa pena è comminata nell'art. 122 del progetto di Baden al favoreggiamento abituale, che comprende la ricettazione.

Considerando, che la ricettazione per mestiere esercita un'influenza sommamente perniziosa, in quanto facilita e moltiplica i furti; che i ricettatori sono sovente i maestri e gli educatori dei ladri fin dalla prima loro gioventù; che, non eseguendo il furto a proprio pericolo, di nulla si sbigottiscono, anzi eccitano sempre il ladro al delitto più rischioso, perchè più profittevole, e poi frequentemente defraudano il ladro medesimo, che si ritrova intieramente nelle loro mani; si conosce, che questo reato è meritevole di severa punizione. Il senso comune popolare, guida non dispregevole del legislatore, ha proclamato il proverbio: « *il ricettatore è da quanto il ladro* ». E quando si vede, che tutte le leggi si sono accordate nel comminare al primo furto pericoloso una pena non lieve di casa di disciplina, nulla impedirà di far soggiacere il ricettatore e nei

casti gravi alla stessa specie penale, e di imporgli come *minimum* la casa di lavoro. Il ricettatore in fatti, se non è il vero autore intellettuale dei furti, se ne può per altro considerare come l'eccevitore e l'animatore, e spesso fa d'uopo, che il giudice punisca in lui non solamente l'agevolatore di una sola rubagione, ma di molte. Laonde il minacciare la casa di disciplina alla ricettazione sarà pur necessario ad effetto di contemplare le recidive come circostanze aggravanti. L'art. 240 del codice di Sassonia riconosce la recidiva nella ricettazione, tuttochè nei casi gravissimi abbia comminato ai ricettatori la casa di disciplina: la quale perciò, sebbene sia stata in generale prescritta per questo delitto commesso per mestiere, si potrà almeno irrogare a motivo della recidiva. E siccome il progetto di Württemberg e di Baden conoscono, come addizione penale, una sottoposizione alla sorveglianza della polizia; potrà esservi assoggettato qualunque ricettatore per mestiere. Imperocchè, se vi è caso di giustificare la sorveglianza della polizia, ristretta ad una determinata dimora, e congiunta alla facoltà illimitata delle visite domiciliari, esso si presenta nella ricettazione per mestiere. Quindi a questo delitto si potrà giustamente comminare la casa di lavoro fino ad anni otto, insieme con la sottoposizione alla sorveglianza della polizia, e con la privazione temporaria, o perpetua, dell'arte a questo effetto abusata. Poichè per altro la ricettazione per mestiere non risulta da un fatto isolato, ma da una connessione più o meno perdurante con varj delitti, e con diversi delinquenti; così non si possono con esattezza fornire le norme per adeguare la pena, e fa d'uopo contentarsi di prescrivere un modulo generale, dedotto dalla qualità e quantità del maleficio ricettato, dalla più o meno lunga colleganza con uno, o con più malfattori, dal profitto ricavato, e dalla maggiore o minore influenza, esercitata nel facilitare i commessi delitti. Principalmente questa influenza aggrava la pena del ricettatore, il quale compare come l'eccevitore e l'autore di una serie di delitti. Ma la ricettazione per mestiere non dovrà mai andare impunita, nè ammettere circostanze mitiganti. Imperocchè, concedendo, che debbano andare immuni da pena i genitori, che prestano ricovero al figlio delinquente, non si vede, come a questo caso si potrebbe applicare l'idea di ricettazione per me-

stiere, mentre il figliuol ha un diritto naturale ad essere ricoverato da chi gli diede la vita: e se i genitori non serbaron pure le mani dalle utilità criminose, e spacciaron per mestiere gli oggetti furtivamente acquistati, saranno giustamente puniti, come quando si fecero condelinquenti del figli. E se finalmente gli abitatori di case isolate e remote, come talora avviene, sono costretti a somministrare frequentemente ricovero a delinquenti, andranno immuni da ogni pena, per causa della coazione: ma dove questa non sussista, o sia collegata con una utilità abitualmente ritratta, sarà giusto, che li colpisca una pena. Nel decretare la quale sarà ufficio del giudice considerare, che il ricettatore non commise il delitto per proprio impulso, ma vi fu trascinato dall'urgenza delle circostanze.

Ciò presupposto, la pena del ricettatore per mestiere potrà determinarsi così:

*Il ricettatore, avuto riguardo alla qualità e quantità del delitto ricettato, al commercio tenuto per un tempo maggiore o minore con molti e con pochi delinquenti, al vanlaggiaritrattone, e specialmente all'influenza, che esercitò nella commissione e facilitazione dei delitti, può esser colpito dalla pena della casa di lavoro fino alla pena della casa di disciplina per anni otto, privato temporariamente o in perpetuo dell'esercizio del mestiere, onde abusò pel criminoso commercio, e sottoposto alla sorveglianza della polizia.*

È indubitato, che il favoreggiamento può ammettere l'idea giuridica del tentativo. All'opposto la ricettazione, come quella che esige un esercizio per mestiere, e perciò praticato più volte, non ammetterà il vero e proprio tentativo: ma quando non s'incontri compiutamente questo esercizio per mestiere, sarà dato di scorgervi un favoreggiamento singolare, o plurale, e di punir l'incolpato come fautore.

Non non abbiamo qui parlato del favoreggiamento per mestiere in generale, perchè esso non si dà, che nei delitti d'incontinenza, ed in quelli contro la proprietà. Del resto qualunque altro favoreggiamento abituale, quando non trapassi in un delitto per sè stante, come accade nel lenocinio, e nella ricettazione dei furti, contiene una tacita promessa anteriore di soccorso; onde non occorrono più speciali disposizioni per punire l'ausiliatore più gravemente del semplice fautore.

## DELL'OCCULTAZIONE DELLA GRAVIDANZA E DEL PARTO, COME REQUISITO DELL'ESSENZA DI FATTO DELL'INFANTICIDIO

DISSERTAZIONE DI WAECHTER

ESTRATTA DAL TOMO XVI, FASC. I. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE,  
ANNO 1835 (a).

Sull'importanza, che per l'essenza di fatto dell'infanticidio ha l'occultazione della gravidanza e del parto, sono tuttora divise le opinioni, tanto nel nostro diritto positivo, quanto nel senso legislativo (1). La maggior parte dei moderni lavori legislativi sembrano non attribuire alcuna importanza a questa occultazione nell'essenza di fatto dell'infanticidio: esempligrasia il progetto di Hannover, il recentissimo di Württemberg, ed i nuovi progetti di Baviera (2). Alcuni per altro partono ancora in questo tema da altre idee: ai quali appartiene Stübel, che fino dall'anno 1824 compì il progetto per la Sassonia (3). Parimente diverse sono le opinioni dei nostri criminalisti a riguardo del comun diritto positivo. Alcuni dichiarano affatto indifferente l'occultazione della gravidanza e del parto (4); altri la reputano un requisito essenziale dell'essenza di fatto del delitto d'infanticidio privilegiato (5);

altri, distinguendo, non richiedono per l'essenza di fatto dell'infanticidio l'occultazione della gravidanza, ma solamente l'occultazione del parto (6). Quelli inoltre, che richiedono l'occultazione della gravidanza e del parto, o almeno di questo, per l'idea, e per l'essenza di fatto dell'infanticidio, sono di vario parere intorno all'influenza, che il difetto di questa parte d'essenza di fatto deve produrre. Imperocchè alcuni (7) ammettono, che, mancando questo requisito, l'uccisione del fanciullo, eseguita dalla madre, s'abbia a punire come parricidio qualificato; mentre altri sostengono, che il difetto di questo requisito si debba considerare come una ragione di diminuire la pena dell'infanticidio (8). Anche rispetto a ciò, che si richiede a costituire l'occultazione, tuttochè questa debba avere una generale importanza nell'essenza di fatto dell'infanticidio, non si è interamente d'accordo. Alcuni non si dichiarano abbastanza in questo proposito: altri sembrano esigere un'occultazione di rispetto a chiunque: Gans (9) permette la consapevolezza dei parenti, e del fecondatore della delin-

(a) Vedi la nota alla dissertazione sull'infanticidio, per tutto ciò che si riferisce alle leggi penali nel regno delle due Sicilie.

(1) È una questione affatto diversa quella, con cui si ricerca, se l'occultazione della gravidanza e del parto si possa punire come un delitto speciale, e di qual momento sia questa occultazione come indizio dell'infanticidio. Su di ciò V. Zum Bach *Idee su di alcuni oggetti capitali di diritto penale*, Berlino 1828 p. 207. e segg., von Bühlner negli *annali di Ritzig*, tomo VII, p. 229 — 80, e specialmente Mittermaier nell'*archivio di diritto crim.* tomo X, p. 367 — 402, e p. 558 — 604.

(2) Progetto d'Hannover §. 234. e 235. Progetto di Württemberg del 1832 §. 222. Progetto riveduto di Baviera del 1827 §. 211. Ultimo progetto di Baviera del 1831 §. 245.

(3) V. l'art. 440.

(4) V. Spangenberg nell'*archivio di dig. crim.* tomo III, p. 28.

(5) V. per esempio gli autori citati ne' miei elementi a p. 155.

(6) Mittermaier nell'*arch. di dir. crim.* tomo VII, p. 326, e seg. Heffler *elem. di com. dir. crim. germ.*, Halle 1833, §. 258. Appartiene in qualche modo a questo numero anche Grolman. Conf. i suoi principj di giurisprudenza crim. §. 276 nota 6.

(7) Di questo parere sono la maggior parte di quelli, che esigono il detto requisito.

(8) Ciò viene asserito fra gli altri da Feuerbach, *elem.* §. 240., ed in parte anche da S. P. Gans, *del delitto d'infanticidio*, Zelle 1824. Quest'ultimo autore per altro si contraddice. Conf. l. c. p. 278 — 77.

(9) l. c. p. 33, e seg. Egli stima di più, che una semplice occultazione non basti, ma che si richieda ancora una risposta negativa della donna alla domanda di persone, che abbiano il diritto d'interrogarla.

quente; altri solamente la consapevolezza dei complici (1)† ed altri all'opposto (2) asseriscono, che quando v'è consapevolezza di persone, alle quali si è confidata la delinquente, l'occultazione venga a mancare.

Tanta varietà di opinioni sopra una questione, che sembra assai semplice, naturalmente dipende dal diverso punto di vista, onde si parte nel considerare il delitto d'infanticidio. Distinguendo acutamente questi punti, ed investigando ciò che si deduce da ciascheduno, si dovrebbe per avventura splanare la strada ad una qualche concordia di opinioni, od almeno render più semplice la controversia.

Se noi prendiamo a considerare il diritto comune, e le opinioni dei teorici e dei pratici su di questo argomento; se contempliamo inoltre alcuni antichi diritti particolari germanici, ed i più importanti lavori legislativi moderni; ci si presentano principalmente nel delitto d'infanticidio i due diversi aspetti seguenti (3).

1. Molti intendono per infanticidio la dolosa uccisione di un fanciullo recentemente nato, commessa da qualunque de' suoi ascendenti, e sostengono, che questo caso appartiene assolutamente al parricidio qualificato (4). Perciò da simil caso non distinguono quello, in cui la madre illegittima uccide il suo figlio nato di fresco, nè ammetton per l'ultimo particolari motivi di mitigazione. Questa fu l'opinione, che professarono gli

antichi criminalisti dal secolo sedicesimo sino al decimottavo rispetto al diritto comune, che fu costantemente adottata ed applicata per tutto quel tempo dall'uso del foro (5), e che trapassò ancora in alcuni diritti particolari di Germania, segnalatamente in Sassonia. Per vero dire certe leggi sassoniche rilevano specialmente il caso, in cui la madre uccida il suo figlio illegittimo nato di fresco (6); ma, in luogo di trattarlo con particolari principj, lo contemplano solamente come un esempio di parricidio qualificato, e quindi nella punizione non lo separano dagli altri casi di parricidio, commesso dai genitori sui propri figli (7). Esso lo punirono quindi col *culcus* romano (8), e, dove mancasse una corrente d'acqua, con la ruota, e, quando più tardi il *culcus* fu generalmente abrogato nel parricidio, assolutamente con la ruota, come pena dell'omicidio qualificato (9).

Se l'infanticidio si considera, come fece la dottrina e la pratica antica secondo il diritto comune, e come fa il diritto sassone, è chiaro, che l'occultazione della gravidanza, e quella del parto, ed anche l'una e l'altra insieme, non hanno alcuna importanza per l'essenza di fatto e per la punizione di questo delitto (10); e quindi così procede anche og-

† 1. A ciò non posero mente, per quanto io sappia, i nostri criminalisti. V. più avanti i luoghi su questo punto ne' miei elementi, tomo II. p. 132 e 153. Gli antichi dottori trascurano per lo più nell'infanticidio anche il carattere della nascita recente.

(6) Esempio grazia le decisioni del 1661, de' ris. 78. e i mandati del 14 Ottobre 1741, e del 17 Giugno 1761.

(7) Conf. i passi citati nella nota precedente con le costituzioni del 1572, P. IV, const. 3. Questa costituzione è importante ancora per le opinioni, che nel secolo sedicesimo dominavano su questo punto nel diritto comune.

(8) Nel secolo XVI, ed anche più tardi, prevalse, l'opinione, che ancora a tendere della Carolina il *culcus* romano fosse la pena ordinaria del parricidio.

(9) V. il mandato sopracitato del 17 Giugno 1761.

(10) Ciò non abbisogna di dichiarazione migliore. Imperocchè quando si parte dal suddetto punto di vista, il delitto d'infanticidio assiste, sia pure avvenuta, o no, l'occultazione della gravidanza e del parto, e la pena ordinaria deve aver luogo senza riguardo a questa circostanza. In tale aspetto il delitto non si limita alla madre illegittima, nè alla madre in genere. L'occultazione non può essere in questo caso, che un indizio dell'intenzione di uc-

(1) Heffter l. c. §. 258; nom. II.

(2) Fefferbach elem. §. 240. Grolman, principj §. 276.

(3) Il progetto di Württemberg si diparte da un principio affatto particolare, privilegiando ogni uccisione intenzionale d'un fanciullo nato di fresco, il quale cioè non abbia compito ventiquattr'ore, e sottoponendola ad una pena minore di un altro omicidio, vale a dire alla casa di disciplina a tempo. Fa per altro una special distinzione dal caso, in cui il fatto venga commesso dalla madre sopra il suo figlio illegittimo, e lo punisce con la casa di disciplina da dieci a vent'anni. Che questo minor castigo dell'uccisione di un fanciullo nato di fresco, da chiunque e con qualunque circostanza venga commessa, non si possa difendere, lo credo di averlo mostrato nella continuazione dell'archivio di diritto crim. tomo I. p. 333 e seg.

(4) Rispetto alla particolare opinione, che espone Spangenberg nell'archivio di dir. crim. tomo III. p. 26. e seg., e da vedersi Mittemayer nel detto archivio, tomo VII. p. 9. e srg., e Gana l. c. p. 19 e seg.

già la pratica di Sassonia nel giudicare l'uccisione del figlio illegittimo appena nato, commessa dalla madre, e lo fa certamente a ragione, considerato il diritto positivo, al quale soggiace (1).

È certamente un'altra questione quella, con cui si ricerca, se questo modo di contemplare l'infanticidio si possa giustificare secondo il diritto comune, ed in senso legislativo. Ma di ciò parleremo in seguito.

II. Oggidì nel diritto comune, e nei nuovi lavori legislativi, il delitto d'infanticidio si prende e si determina d'ordinario in un'altra maniera. Esso in fatti si restringe al caso, in cui la madre uccida il suo figlio illegittimo recentemente nato, ed in cui si applica una pena men grave di quella del parricidio, ed anche dell'omicidio in genere. Questa è pure la massima dei progetti di Baviera, di Hannover, di Sassonia, e di Württemberg.

Ma qual è la ragione, per cui si tratta più dolcemente questo caso di omicidio? Da sì fatta questione dipende in parte l'essenza di fatto del delitto, e il determinare, se e quanto l'occultazione della gravidanza e del parto si richieda per tale essenza di fatto. La ragione non può certamente consistere nell'oggetto del reato, cioè nel figlio illegittimo appena nato; perchè altrimenti si dovrebbe pur mitigare la pena del padre, e di qualunque altra persona, che uccidesse un bambino illegittimo: il che non fanno nè i trattatisti del delitto comune, nè le moderne compilazioni legislative (2). La ragione dee piuttosto ritrovarsi nella concessione della madre con questo obbligo. Nel qual proposito si possono immaginare quattro ragioni diverse.

1) Si potrebbe pensare, che alla madre illegittima competesse sul figlio appena nato, che giuridicamente non ha padre, è affidato a lei sola, e viene accolto contro voglia da tutti, un qualche esteso diritto, od almeno una qualche speciale discolta, quando ella si permetta di recare offesa a quell'essere nel momento del suo ingresso nella vita este-

cidere, ed anche molto dubbioso, dove non concorrono ancora circostanze particolari.

(1) Perciò non ha ragione Vokmaun, quando nei suoi elementi di diritto criminale sassone, §. 187 e 188, sostiene, che per l'idea dell'infanticidio si richiede l'occultazione della gravidanza e del parto.

(2) Una sola eccezione si trova, per quanto mi è noto, nel progetto di Württemberg. V. sopra la nota 12.

riore. Questa fu in parte l'idea di alcuni antichi diritti germanici. Ma non occorre penetrare più addentro nella medesima, dappoichè, per quanto io mi sappia, non v'ha da più secoli chi la professi, e non serve certamente di base nemmeno al nostro diritto positivo.

2) All'opposto dalla prima edizione degli elementi di Grolman in poi è molto diffusa l'opinione, che la Carolina punisca meno l'uccisione del figlio illegittimo appena nato, quando sia commessa dalla madre per salvare l'onore del sesso, in quanto che questo motivo è una circostanza, che attenua la pena (3).

Se si ammette questa opinione, fa d'uopo senza contrasto, che per l'essenza di fatto dell'infanticidio men gravemente punito, o privilegiato, si richieda l'occultazione della gravidanza e del parto, nel senso, che l'esistenza del figlio fosse nota solamente alla madre, ed alle persone sue confidenti. Ma in tal caso si potrebbe con piena conseguenza andare ancora più oltre, ed affermare, come fanno alcuni (4), che la nascita recente del figlio non si richieda affatto per l'infanticidio, ma che pare sia di un fanciullo di sei mesi, ed anche di cinque o sei anni, si possa commettere dalla madre un infanticidio privilegiato, purchè il pubblico ignorasse la gravidanza illegittima di lei, e che essa avesse partorito illegittimamente il suo figlio.

Ma questo fondamento di punizione più mite dell'infanticidio non si può giustificare secondo i generali principj di politica criminale, nè ravvisare come la ragione movente della Carolina. Un motivo buono, secondochè oggidì si riconosce sempre più, a tenor dei principj, che si professano concordemente in altri delitti, e come il diritto comune in termini precisi dichiara, non può d'ordinario mitigare la pena di un delitto. Così il diritto canonico stabilisce, che la pena della fattura non si scemi, quando alcuno abbia affatturato per procurare alla Chiesa la restituzione di una cosa involata; e che l'usuraio non commette un reato più lieve, quando riscuote le usure col solo scopo di redimer con esse dei prigionieri. Se si volesse dar valore alla predetta ragione, bisognerebbe punire più dolcemente anche quel reo di maestà, il quale per buoni motivi tentò di rovesciare l'ordin giuridico esistente,

(3) V. gli autori citati nei miei elementi, tomo II. p. 155. 156.

(4) Werner istituzioni di diritto penale §. 514, Heffter elementi §. 158, nota 10.

o colui, che ha commesso un qualche sbaglio, e che per salvarsi l'onore, e per non essere scoperto, avvelena i consapevoli della sua debolezza. In un'azione, che sia abietta in sè stessa, come nell'esempio ultimamente citato di veneficio, un motivo buono non può disculpare il fatto neppur moralmente: e non lo può disculpare giuridicamente in un'azione direttamente contraria alla legge, perchè la volontà illegale, che per buoni motivi ostilmente si oppone al diritto esistente, può essere tanto ostinata, forte, e pericolosa, quanto se si fosse determinata per motivi malvagj: anzi è d'ordinario più forte, più ferma, e pericolosa, quando è spinta dai primi, che dai secondi. Per lo che questo fondamento di sentenza più mite contro l'infanticidio si dovrebbe affatto bandire dai nostri sistemi. Per ciò che concerne la Carolina, ancorchè si volessero prendere come requisiti della essenza di fatto tutte le espressioni, che contiene nell'art. 131 intorno alle circostanze dell'infanticidio, essa non conduce ad un tal fondamento di punizione più mite di questo delitto. Parla di una madre, che vuole suam nefarie abusam levitatem celari tegique, e per regola punisce l'infanticidio meno del parricidio *ad desperationem praeveniendam vitandamque*. Ma, per limitarmi ad una sola osservazione, forse l'intenzione di nascondere la leggerezza necessariamente dipende dal motivo di salvare l'onore del sesso? Non può la fanciulla aver occultato la sua gravidanza, ed ucciso il suo figlio, per paura delle sevizie de' genitori, o per tema di non trovar più sussistenza, o per impedire gli affanni, che proverrebbero a' suoi congiunti dallo scoprimento della sua debolezza, o per altri motivi? Eppur queste sono cagioni che più spesso del sentimento d'onore producono l'infanticidio: e noi non possiamo ammettere, che la Carolina non le abbia volute valere, perchè le sue parole si accomodano ottimamente anche ad esse. Di più la volontà di occultare la commessa leggerezza convien certamente ancora ad una donna, che abbia illegittimamente partorito altra volta, ed il cui fallo anteriore sia noto al pubblico; mentre, quando si volesse partire dal solo motivo di salvare l'onore del sesso, non si potrebbe applicare la disposizione della Carolina ad una tal delinquente, nè da questa si potrebbe commettere un infanticidio privilegiato.

3) I moderni tentativi di legislazione, salvo il progetto sassonic, non partono

assolutamente dall'accennata idea, che si debba punire più lievemente l'infanticidio, commesso per salvare l'onore del sesso (1). Imperocchè i medesimi non esigono per la essenza di fatto dell'infanticidio l'occultazione della gravidanza e del parto: e, quando una legge non richiede ciò, è impossibile, che presupponga quel requisito. Anch'essi per altro non prendono l'infanticidio, come faceva l'antica pratica germanica, ed il diritto particolare sassonic, ma lo puniscono con una pena più mite di quella dell'omicidio. Ma che li determinò a trattare con più dolcezza questo delitto? Noi non andremo errati, se annetteremo, che tutti furono indotti dalle stesse ragioni, che sono espresse nei motivi del progetto riveduto di codice penale per la Baviera (Monaco 1824. p. 198. e seg.): con che sta in piena armonia ciò, che i progetti citati nella nota 2. stabiliscono intorno all'essenza di fatto dell'infanticidio. Questi motivi modificano la punizione del menzionato delitto solamente ed unicamente a cagion dello stato di una gravida (non di una donna illegittimamente gravida), di una partoriente, di una fresca puerpera. Ivi in fatti si dice: « I fondamenti di punizione più mite » dell'infanticidio, stanno nella natura » dell'organizzazione muliebre, e dell'atto » del partorire. L'atto del parto è un avvenimento, che tanto attacca l'intera » organizzazione della donna, e produce » un così violento eccitamento nervoso, » che ancora lo stato spirituale e psico- » logico della partoriente non di rado » ne rimane scosso sensibilissimamente, » onde vien prodotta una specie di mania, che diminuisce d'assai l'imputabilità ». Perciò il progetto bavaro del 1827, e quello del 1831, non attribuisce alcun peso all'occultazione della gravidanza e del parto, e, come già aveva fatto il progetto di Göttinger del 1822, mitiga le disposizioni del codice penale del 1813, aveva minacciato di morte l'infanticidio reiterato, e punito con le catene la infanticida, che aveva vissuto da meretrice. « Imperocchè (dicono i » prenommati motivi in proposito della » recidiva) in veruno de' più delitti, da » lei commessi, l'autrice fu padrona del » suo stato fisico, od intellettuale: ed » anche una meretrice è donna, e sog- » giace nell'atto del parto alle leggi della » natura muliebre ». Neppure nel caso, in cui la donna, che ha tenuto una riprovevole condotta, non abbia avuto al-

(4) V. i progetti citati di sopra nella nota 2.

con eccitamento al fatto dal trattamento severo de' suoi genitori, o superiori; in cui prima del parto abbia formato la risoluzione di uccider la prole; ed in cui la specie del parto non dia il menomo indizio di confusione di spirito, o di mania; i menzionati motivi, e gli accennati progetti escludono in alcun modo l'infanticidio privilegiato. Poichè i motivi dicono: « la subitanza del parto, e delle » sue conseguenze, la possibilità, che in » quel momento, come spesso avviene, » si presentino sì fatte conseguenze, tut- » tochè non si sieno manifestate per mez- » zo di fenomeni determinati, è per la » legge un motivo sufficiente di ordina- » re una punizione più mite. »

Andrei troppo in lungo, s'io qui volessi scoprire tutte le parti deboli di sì fatti motivi, e mostrare a quali conseguenze condurrebbe questo modo di valutare le semplici possibilità, escluse in molte occasioni dal fatto, e l'ammettere il caso di una mania, in virtù del quale, pigliando, come fanno questi motivi, le possibilità per realtà, non sarebbe dato quasi mai di giustificare una pena. Mi permetterò solamente di richiamar l'attenzione su di una grande inconseguenza, che i progetti ed i motivi menzionati contengono. Quando solamente ed unicamente nello stato della partoriente, e della puerpera, e, come si dice, nella natura dell'organizzazione muliebre, e dell'atto del partorire sta la ragione della pena più mite dell'infanticidio, perchè quei progetti e motivi restringono alla madre illegittima l'idea dell'infanticidio più lievemente punito? Se vogliono essere conseguenti, è necessario, che puniscano meno anche la madre legittima, che uccide il suo figlio appena nato; perocchè anche in questa la natura dell'organizzazione muliebre e del parto è certamente la stessa.

È poi manifesto, che nei rammentati motivi lo stato, in cui si ritrova una donna nel tempo della sua gravidanza, e dopo il parto, è dipinto con troppo forti colori. Sebbene ciò che dicono quei motivi possa frequentemente convenire allo stato di una donna nel tempo del parto, sarà per altro applicabile assai di rado allo stato, che succede al parto. Lo stato ordinario, posteriore al parto (ed io credo di poterli in questo proposito riportare all'esperienza della maggior parte degli ostetrici) non è mania, nè confusione di mente; e, quantunque con esso si accompagni talora un'irritazione nervosa; questa per altro non suole avvicinarsi alla mania, e nemmeno esser tale

da diminuir per sè sola l'imputabilità, quantunque in ogni caso si possa parlare di diminuita imputabilità. Di più l'argomentazione dei motivi condurrebbe ancora ad altre conseguenze, che non si trovano per vero dire tirate nel progetto, al quale essi precedono. Volendo applicare logicamente questi argomenti, non si dovrebbe parlar solamente del delitto privilegiato d'infanticidio, ma dei delitti privilegiati delle partorienti e delle puerpere. Imperocchè, se l'atto del parto produce come i motivi asseriscono, un eccitamento nervoso così violento, che lo stato della partoriente non di rado ne rimane scosso sensibilissimamente, e ne risulta una specie di mania; se la possibilità, che ciò avvenga in ogni caso di parto, dee costantemente produrre una legal diminuzione di pena; e se niuna circostanza indubitata ha mai la forza di provare, che uno scompiglio di spirito non è effettivamente accaduto; sembra richiesto dalla logica deduzione, che non solamente la strage del figlio appena nato, ma ancora ogni delitto, commesso da una donna dentro ventiquattrore dopo il suo parto, e così l'uccisione d'altri figli illegittimi anteriormente dati alla luce, l'uccisione o la lesione di altre persone, il furto, la truffa, e la frode, debba colpirsi dalla legge con pena più mite.

Lo stato fisico e psicologico di una gravida, e di una partoriente, o di una puerpera, che si è appena sgravata, ha in sè certamente qualche cosa di particolare; ma, come si è notato, non può per altro produrre nella donna una tale alterazione da render meno punibili i delitti in quello commessi. E se ha luogo talvolta un caso straordinario di eccezione; esso va sottoposto ai principj generali, dietro i quali vien diminuita o soppressa l'imputazione. Ma se quello stato della gravida, della partoriente, o della puerpera, va congiunto con la situazione particolarmente angosciata di una donna, che ha illegittimamente concepito, e di cui non è ancor noto lo sbaglio; è allora ordinariamente di tal natura, che, se non secondo i rigorosi principj del diritto criminale (1), per riguardi per al-

(1) Io fui già d'altra opinione, quando credei, che lo stato di tal delinquente fosse perfettamente eguale allo stato di cotui, che nell'affetto risolve ed eseguisce una strage. Ma ora credo per altro, che sarebbe malagevolissimo il provar questo punto. E sebbene noi in questo caso ammettiamo uno speciale eccitamento, che d'ordinario esisterà certamente;

trò di umanità, i quali non si potrebbero qui rifiutare dalla legislazione, motiverà la punizione più mite di un omicidio, commesso sopra l'oggetto, che generava quella situazione angosciosa, e mediante la cui morte veniva l'angoscia a rimuoversi (1). Ma questa situazione particolarmente angosciosa, come Martin la chiama a buona ragione, sta semplicemente nel pensiero delle conseguenze, che nascerebbe dal rendersi noto lo sbaglio; o le medesime consistano nel pubblico vitupero, o nel timor degli affanni del genitor, o nei rimproveri o nelle servizie, che da essi si aspettano, o nella perdita del servizio, o della prospettiva di futuro stabilimento. Quando non si voglia valutare questa situazione angosciosa, viene effettivamente a mancare ogni ragione di trattare in generale l'infanticidio *coi principj più miti*. E che ancora la Carolina fosse determinata da questo solo riguardo a considerare, ed a punir, come fece, l'infanticidio, si dovrebbe rilevare dalle sue stesse parole. Essa limita in fatti l'idea d'infanticidio all'uccisione del figlio illegittimo appena nato, commessa dalla sua madre, e parla di una madre, che vuole *suam nefarie abusam levitatem celari tegique* (2). Molti diritti particolari del suo tempo non puntavano in vero questa azione con una pena più mite, ma anzi con la morte qualificata, cioè con la sepoltura della delinquente viva, e col palo. La Carolina vuole appunto declinare da tanto rigore. Essa non prescrive per regola la detta pena, nè la pena qualificata del parricidio, ma semplicemente

quella del *omicidio premeditato, ad desperationem praevenendam, vitandamque*: e queste parole, congiunte alle altre *clam occiderit, partum celasset, e clam gestat*, delle quali fa uso la stessa costituzione, a null'altro si riferiscono, nè si possono riferire, che alla predetta situazione particolarmente angosciosa della madre. Ma questa particolare angoscia, in cui la madre scorge l'unico mezzo di salvamento nell'uccisione del figlio, esiste solamente allorchè la donna ha occultato la gravidanza ed il parto, o almeno crede, che il pubblico ignori l'una e l'altro. Imperocchè se ella, mentre era incinta, si fece vedere palesemente, e la sua gravidanza fu comunemente conosciuta, e confessata da lei medesima; tutto quello, che essa temeva, e che poteva metterla in angoscia, è già accaduto, e la terribile situazione, onde avrebbe potuto liberarla un infanticidio, e che sarebbe stata capace d'indurla a commetterlo, non esiste altrimenti. Ma se una tal situazione viene a mancare; risulta dalle cose dichiarate, che non si può ritrovare una ragion sufficiente per punire men gravemente l'infanticidio. Che se si volesse colpire di pena più mite, per via dell'organizzazione muliebile, e della natura della gravidanza e del parto; ci troveremmo portati, come si è dimostrato, a conseguenze, le quali stanno in aperta contraddizione col nostro diritto positivo (3), coi principj generali della scienza criminale, ed anche con quelli, che son professati dai sostenitori di questa opinione.

Per lo che, al termini del nostro diritto positivo, e secondo quello, che dal più si ritiene legislativamente, si dovrebbero sostenere nella nostra questione i principj seguenti.

a) All'idea ed all'essenza di fatto dell'infanticidio, meritevole di pena più mite, appartiene l'occultazione della gravidanza e del parto.

b) Questa occultazione si dee prendere solamente nel senso, che il fatto della gravidanza e del parto non sia stato notificato, nè confessato dalla madre al pubblico, ma al più unicamente a persone, intime confidenti di lei, ed a condizione, che essa non sia stata per questo modo sottratta alla sua situazione angosciosa (4).

(3) La Carolina non punisce men gravemente anche la madre legittima, e non ammette in generale, che i delitti delle gravide, o delle puerpere si debbano più dolcemente trattare.

(4) Sebbene altri abbiano cognizione dello

esso per altro varrà a mitigare la pena, quando l'eccitamento e il travaglio di colui, che dopo essersi lasciato superare dalla tentazione di un reato, ne commette, per ricoprirlo, un secondo. Lo stato particolare della gravida e della puerpera non sarà comunemente tale, da escludere l'intenzione dell'omicidio premeditato, e da far collocare l'azione nella categoria del semplice omicidio d'impeto.

(1) Il codice penale bavaro del 1814, ed almeno il commentario legale del medesimo (tomo II. p. 32.) parti da questo punto di vista, il quale per altro non fu portato nel codice stesso a tutte le sue conseguenze. Fra le compilazioni legislative moderne il progetto di Stübel muove assolutamente dal principj qui sostenuti.

(2) Certamente si controverte, che la Carolina limiti in questo modo l'idea dell'infanticidio, ma sembra che la maggior verisimiglianza militi per l'opinione, che abbiamo espressa nel testo. Conf. anche i miei elem., tomo II. p. 162, e gli scrittori ivi citati.

c) Se manca il requisito dell'occultazione della gravidanza e del parto, non esiste più alcun motivo, per cui si debba generalmente punire più dolcemente la strage del bambino. Quindi allora si deve applicare la pena del parricidio, a meno che la madre non si trovasse in qualche situazione straordinaria, che secondo i generali principj del diritto criminale diminuisce la sua penalità.

d) L'aver la delinquente già partorito altra volta, e così perduto l'onore del sesso, o l'essere incinta per la prima volta, non esercita alcuna influenza sopra l'idea dell'infanticidio privilegiato; perchè ciò che fa men gravemente punire questo delitto, e legalmente lo contrassegna, non è il solo motivo di salvare l'onore del sesso.

Rispetto a questi principj io mi permetterò solamente un'osservazione. In alcuni celebri trattati sull'infanticidio, si ammette per vero dire il requisito della occultazione del parto, ma si nega quello della occultazione della gravidanza. Ciò fanno segnatamente Mittermaier (1) ed Heffter (2). A me non sembra, che questa proposizione si possa difendere. Se l'occultazione del parto deve esercitare un'influenza sopra il delitto, ciò può avvenire soltanto allorchè tutto quanto lo sbaglia, e tutta quanta la situazione della infelice fu un arcano del pubblico. Mittermaier, per fondare il requisito dell'occultazione del parto, dichiara, che essa serve di mezzo a coprir la vergogna, e nel medesimo tempo fa sorgere agevolmente il pensiero di uccidere il figlio, somministrandone la sicura occasione. Quando poi manca l'estremo del parto occulto, viene a cessare il motivo di perdere l'onore del sesso. Ma se si vuol parlare dirittamente, il motivo del timore di perdere l'onore del sesso non è già venuto meno, allorchè la madre ha confessato pubblicamente la sua gravidanza? Ed il mezzo di coprir la ver-

gogna, non è già perduto? Io concedo pienamente a Mittermaier, che può esistere l'infanticidio privilegiato anche quando la gravida ha palesato il proprio stato al suo fecondatore. Ma in simil caso può sempre sussistere quella occultazione di gravidanza, che, secondo il già detto, si richiede per l'infanticidio privilegiato. Heffter ancora, come ho accennato, è contrario al requisito della occultazione della gravidanza. Egli dice fra le altre cose: « È degna di osservazione la collisione, a cui si riesce, quando si pone l'occultazione della gravidanza fra i requisiti della essenza di fatto; perchè in tal caso or si parla di minor penalità, or della pena ordinaria del parricidio ». Ma io qui non trovo la menoma collisione. Se non mi sono ingannato nel riconoscere una relazione speciale, che Hoffer volle attribuire a quella osservazione, essa si dovrebbe interamente applicare a ciò che egli giustamente afferma dell'occultazione del parto. Mancando l'occultazione della gravidanza, nel senso accennato di sopra, o l'occultazione del parto illegittimo, non esiste in generale alcuna ragione per colpire il fatto della madre con una pena minore. Quindi allora si debbono applicare i principj del parricidio, semprechè concorrano tutti gli altri requisiti di questo delitto. Ma se si occultò la gravidanza ed il parto, si presenta l'infanticidio meno punibile.

Di nuova dichiarazione abbisognerà finalmente una svista, nella quale cadde Feuerbach (3), quando necessariamente richiese l'occultazione della gravidanza per la essenza di fatto dell'infanticidio, e sebbene mancasse la detta occultazione volle non ostante addolcirlo la pena di questo delitto. Postochè egli fosse indotto a tale asserzione dal suo preteso motivo attenuante del difetto nella essenza di fatto; questo esempio basterebbe a mostrarlo le false conseguenze, a cui mena quel principio. Per vero dire Feuerbach nelle moderne edizioni de' suoi elementi (§. 97) ha limitato assai quella causa attenuante: ma ancora con si fatta limitazione essa non si può affatto giustificare; anzi, dopo la medesima, si può anche meno difendere ciò che egli afferma intorno all'influenza del difetto di occultazione della gravidanza sopra la pena dell'infanticidio.

Di nuova dichiarazione abbisognerà finalmente una svista, nella quale cadde Feuerbach (3), quando necessariamente richiese l'occultazione della gravidanza per la essenza di fatto dell'infanticidio, e sebbene mancasse la detta occultazione volle non ostante addolcirlo la pena di questo delitto. Postochè egli fosse indotto a tale asserzione dal suo preteso motivo attenuante del difetto nella essenza di fatto; questo esempio basterebbe a mostrarlo le false conseguenze, a cui mena quel principio. Per vero dire Feuerbach nelle moderne edizioni de' suoi elementi (§. 97) ha limitato assai quella causa attenuante: ma ancora con si fatta limitazione essa non si può affatto giustificare; anzi, dopo la medesima, si può anche meno difendere ciò che egli afferma intorno all'influenza del difetto di occultazione della gravidanza sopra la pena dell'infanticidio.

(1) Nell'archivio di dir. crim. tomo VII. p. 326.

(2) Elementi §. 258. nota 5: 7. § 259. nota 1.

(3) Elementi §. 237. 240. conf. con le premesse, che si trovano nel §. 239.

# CONTRIBUZIONI ALLA DOTTRINA DEL DUELLO, SECONDO IL COMUN DIRITTO GERMANICO, E LE MODERNE LEGISLAZIONI

DISSERTAZIONE DI MITTERMAIER

ESTRATTA DAL TOMO XV, FASC. 3. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE,  
ANNO 1834 (a).

## S. I.

*Del duello secondo il comun diritto germanico.*

Nel abbiamo già fornito della contribuzioni alla presente dottrina in diverse memorie, inserite nell'archivio di diritto criminale. Ma il vedere, che in molti paesi, ove regna il diritto comune, le corti di giustizia si stimano autorizzate a punire il duello, e la maravigliosa diversità di queste decisioni, non meno che dei sentimenti professati in sì fatta materia dai giureconsulti, e dai moderni legislatori, ci richiama a più esatte investigazioni.

Rispetto alla posizione del giudice in que' paesi, che si reggono col diritto comune, ed in cui non esiste alcuna norma particolare intorno al duello, è malagevole determinare, se il recesso, così sovente citato, del 1668, sia una legge imperiale obbligatoria. La maggior parte dei moderni dottori lo negano, ma pure alcuni lo affermano (1). E la controversia non può riputarsi ancora decisa; perchè certe autorità sono rimaste affatto inosservate. Uno scrittore, il cui trattato sopra il duello comparve poco dopo il menzionato recesso (2), parla di quella legge imperiale come della *universalis Germaniae constitutio*, ed una ordinanza del Conte Palatino Giovanni Gu-

glielmo per l'Arciducato di Jülich Cleve ec. in data del 10 Maggio 1692, dichiara di lasciare la materia del duello sotto l'influenza di ciò, che fu risoluto nella Dieta di Regensburg sotto il 19 settembre 1668, ed è stato ordinato e pubblicato da S. M. Imperiale (3). In questa dichiarazione sembra trovarsi una testimonianza dell'avvenuta pubblicazione imperiale della detta legge. Ma, secondo le informazioni, da me raccolte in alcuni paesi, pare, che il recesso del 1668 avesse lo stesso destino di molti altri, cioè che la pubblicazione imperiale non avvenisse, e che certi Stati imperiali lo pubblicassero ne' loro territorj, o a forma di quello emanassero leggi sopra il duello. A non ammettere la pubblicazione cesarea sembra persuadere l'avvertimento degli Stati imperiali del 1680 (4). E siccome si manca di documenti, dai quali risulti, che nel diritto comune si considerasse in pratica il detto recesso come norma generalmente obbligatoria, così potrebbe essere inconveniente, che si volesse riportare al medesimo un giudice, che dovesse applicare il diritto comune. D'altra parte sono andati a vuoto i tentativi, diretti a mostrare l'impietà del duello con certi passi del diritto comune. Si credè già di poter dedurre da un testo romano (5), che almeno il *provocatus* dovesse rimanere impunito: ma non si osservò, che le parole, alle quali si aveva riguardo, non erano in quel passo che

(1) Nel Codice per lo Regno delle due Sicilie, leggi penali, non trovasi disposizione alcuna riguardante il duello; quindi ne puniscono le sole conseguenze trite, come l'uccisione dell'avversario, le ferite ec. Ma la legge del 21 luglio 1838 n. 4740 lo vieta comminando severa pene.

(2) Esempligrazia Jarcke nelle instituz. I. p. 226.

(3) Hocchelius *Tractatus de duellis*, Lubec. 1680. cap. 83.

(3) Scott Raccolta delle leggi ed ordinanze, emanate nel già arciducato di Jülich Cleve ec., parte I. p. 208.

(4) Gerstlicher Raccolta delle leggi imperiali IX. p. 1221. V. anche la giusta opinione di Martin Elem. di dir. crim. §. 249. nota 2 e 3.

(5) L. 44. §. 6. D. de bonis libertorum, al fine della quale si legge: «ignoscendum enim est ei, si voluit se ultisci provocatus.»

*verba enunciativa* (1), e che poteano condurre solamente a decidere, che il *libertus* vada esente dal pregiudizj, nei quali incorrerebbe, quando si permettesse contro il patrono, od il figlio di lui, una retorsione, o recriminazione, provocato a ciò dal contegno del patrono medesimo. Allorchè Welcher (2), per mezzo di passi romani, e dell'art. 135. della Carolina, cerca di provare l'imponnità del duello ai termini del diritto comune, noi ammiriamo l'acutezza della sua argomentazione, ma non possiamo andar di accordo con lui; perocchè l'analogia di testi, che parlano d'omicidio avvenuto in un pubblico certame (3), difficilmente si può adattare al duello. E sebbene nelle ultime parole della L. 7. §. 4. D. *Ad L. Aquil.* si dia valore all'essere l'uccisione avvenuta *gloriosa et virtutis causa*, quella gloria per altro, che nel certame permesso eccita il combattente, non equivale al puntiglio d'onore, che spinge il duellante a vendicarsi del proprio offensore (4). Poco del pari si può dedurre l'imponnità del duello dai passi (5), che esimono da pena il suicidio (6). Imperocchè, prescindendo dal ricercare, se nelle leggi si trovi realmente espressa l'imponnità del suicidio, la condizione di un duellante non si può considerare come quella d'un suicida, nè è dato asserire, che ogni duellante conceda al proprio avversario la facoltà di ucciderlo. Il duellante brama, non di cadere per mano dell'avversario, ma anzi di ferir lui, o si confida, che il successo del singolare combattimento sarà inneco per ammettere le parti. Perciò i duellanti pongono in opera tutti i mezzi per declinare dal proprio corpo i pericoli, che lo minacciano.

Nel diritto comune adunque tutto si riduce a vedere, se il giudice sia autorizzato a punire il duello, ancorchè non esista legge, che lo contempra: vale a dire (2) se il duello si possa punire come un delitto per se stante, senza riguardo al successo avvenuto, e così anche quando

l'eseguito combattimento non sia stato causa di morte, o di lesione ad alcuno: e 2) se il ferimento, o l'omicidio, commesso in duello, si debbano punire dal giudice secondo le leggi, che generalmente governano quesil delitti.

Nel replicare alla prima quistione, bisogna badarsi bene dal confondere la posizione del legislatore con quella del giudice. Noi crediamo, che il primo non possa lasciare imponnito il duello; perchè il duellante produce uno stato di cose, in cui la forza bruta dell'armi prende il luogo dell'amministrazione imparziale della giustizia, e perchè il duello medesimo è un mezzo sommamente pericoloso alla salute e alla vita umana. Ma se il legislatore non ha fatto alcuna comminazione al duello, come potrebbe il giudice decretargli su questi fondamenti una pena, per la cui quantità non possiede alcuna misura? Sebbene il recesso del 1668 dica (7), che i duelli si oppongono al diritto naturale, divino, e scritto, alla buona polizia, alla quiete e tranquillità pubblica, ed assalgono l'autorità nell'esercizio delle sue funzioni; queste sono ragioni, con le quali i legislatori, secondo il costume di quel tempo, cercavano di giustificare la severità delle pene minacciate, e la norma che si dovea pubblicare; ma da ciò non seguita, che le dette ragioni sieno elevate al grado di legge, quando manca la prova del valor legale di quel recesso, nè che debbano obbligare il giudice sottoposto al diritto comune. Farebbe dunque mestieri, che venissero mostrate delle analogie, onde risultasse la punibilità del duello (8). Dove si ricorra all'analogia della ragion fattasi, nasce la difficoltà di mostrare, che i passi, i quali parlano della ragion fattasi contro la volontà del danneggiato, convengano ancora al caso, in cui due persone si accordino a pretendere di sottrarsi alla tutela dello Stato. E quand'anche si volesse ammettere questa estensione; ai termini del diritto comune sarebbe sempre vero, che non si potrebbe discorrere di una pena pubblica, ma solamente di pene private (9). Oramai si riconosce sempre più, che la punizione della semplice ragion fattasi è oppugnata da poderose ragioni legislative (10). Quando poi si volesse attribuire

(1) V. la confutazione delle ragioni dedotta dalla L. 14. in Franke *var resolution lib. II*, qu. 23. p. 329 — 52.

(2) *Annal d'Heidelberg*. 1815. num. 51. p. 815.

(3) L. 7. §. 6. D. *ad L. Aquil.*

(4) La L. 1. §. 6. D. *de postulando* distingue colui, *qui locutus operas suas, ut cum feris dedignaret*, da quello, che combatte con le fiere *sine mercede, et virtutis causa*.

(5) Si ricorre alla L. 3. *de bonis eor., qui ante sent.* e alla L. 9. §. 7. *de peni.*

(6) V. Henke *Instituz. III. p. 409.*

(7) V. Martin *Elem.* §. 249. nota 11.

(8) Questo analogie poi dovrebbero esser legali, e non giuridiche. V. Bauer *Elem. di dir.* pen. §. 120.

(9) Bauer l. c. §. 355 Heffner *Elem.* §. 338.

(10) L'art. 171. del progetto di Hannover

al duello il carattere di un delitto contro lo Stato, in quanto i duellanti offendano il pubblico diritto di decidere le controversie ne' tribunali, e così disturbino la pace comune, occorrerebbe sempre una special comminazione penale, che non si trova nel diritto comune (1). Nè il giudice sottoposto al diritto comune sarebbe più fortunato quando volesse punire il duello secondo i principj del *crimen vis* (2). Questa analogia potrebbe al più convenire ad un duello, in cui taluno potesse a forza le armi nelle mani d'un altro, e lo costringesse a combattere, per conseguire, sotto l'apparenza d'una monomachia, uno scopo degno di pena. Ma il *crimen vis* richiede l'applicazione di una forza, intesa a mettere un altro nella necessità di fare, o di omettere, o di soffrir qualche cosa (3). La *vis* debb'essere in ogni caso applicata contro di un che non vuole quello, a cui si cerca di obbligario, e contemporaneamente diretta a costringerlo. Ora tutti questi caratteri non si adattano al duello convenzionale. Non si può veramente negare, che spesso taluno sia dalla sfida psicologicamente costretto al duello, in quanto che l'errore sciagurato si conserva sempre dominante, e lo sfidato sa bene, che, se non si batte, cadrà nella censura dell'opinione: ma da ciò non lice desumere, che il *crimen vis* comprenda anche il caso di una coazione psicologica così fatta. Quando il duello si volesse punire, quale specie del *crimen vis*, farebbe d'uopo considerare uno de' duellanti come costretto, ed esimerlo così da ogni pena. Nel diritto comune adunque non si trova alcun fondamento legale, che autorizzi il giudice a punire il duello, come delitto per sè stante, e senza rispetto al successo.

Le concordi opinioni de' moderni scrittori, cioè di Wachter (4), di Henke (5), di Bauer (6), di Heffler (7), e di Feuer-

minacciava la carcere alla semplice ragion fattasi. La prima relazione della commissione statale (p. 64) propone che quell'articolo sia tolto.

(1) Heffler (Elem. p. 393) dice non senza ragione, che lo Stato non garantisce quello, che i duellanti prendono ordinariamente di mira.

(2) V. Martin Elem. §. 249, p. 607.

(3) Wachter Archivio di dir. crim. tom. XI. p. 635. Petermann de *proceptis juris rom. circa crimen vis* (Bostoch. 1832) p. 37. Heffler Elem. §. 330.

(4) Elem. II. p. 53 58.

(5) Instituz. I. c. III. p. 609.

(6) Elem. §. 359, nota I.

(7) Elem. §. 371.

Vol. II.

bach (8), confermano la giustezza della nostra affermazione. Nè sarà difficile il dimostrare, che la consuetudine dei foro germanico ha reso omaggio ab antico alle medesime idee. Se in fatti si consultano gli antichi criminalisti, si trova, che essi fanno o un ragionamento generale sopra la punibilità e la nocevolezza del duello, o una deduzione diretta a stabilire, che il duello non dee riputarsi esente da pena, quasi fosse necessaria difesa per salvare l'onore, o si riferiscono a leggi particolari, da cui si proibiscono i duelli sotto sanzioni penali, o parlano solamente di casi di uccisione sofferta da qualcheuno de' duellanti. Così il Carpov (9), le cui opinioni esercitano tanta influenza nella pratica germanica, parla soltanto dell'uccisione commessa in duello, e ricerca, se le si debba applicare la pena della Legge Cornelia (10): su di che si attiene costantemente all'opinione generalmente ricevuta (11), per la quale il provocato debb'esser giudicato con minore severità, anche quando abbia ucciso il proprio avversario. Eziandio nelle raccolte di decisioni (12) si parla di punizioni del duello solamente quando ne segue la morte, o un ferimento grave, ed in simili casi la pratica pure inclina a non applicare la pena capitale. Il luogo ancora, in cui si trova trattato del duello negli antichi compendj (13), mostra, che questo fatto non si contemplò che nella sua direzione contro la persona altrui, e che si fece così soggiacere a pena, allorchè ne procedè omicidio, o ferimento. E dalle testimonianze della pratica successiva risulta, che, a motivo delle relazioni speciali del duello, non si possono applicare le pene ordinarie dell'omicidio premeditato (14) neppur quando sia stata prodotta uccisione, ma che

(8) Elem. §. 193.

(9) Praxis rer. crim. qu. 29. num. 71. seq.

(10) Nel num. 73 il Carpov parla ancora del caso, in cui il provocato non si sia presentato alla teozione, ed allora lo scrittore vuole che il provocato soggiaccia a pena straordinaria. Ivi per altro si tratta di applicare la costituzione sassonica.

(11) Gail observ. obs. 100. num. 6—12.

(12) V. per esempio Meister sentenze e pareri giuridici parte I. p. 74.

(13) Si vede posto fra i delitti contro la vita altrui anche in Quistorp Princ. foud. §. 338. Egli vuol punire il duello anche quando non ne sia derivata uccisione, perchè considera come obbligatorio il ricorso del 1668.

(14) Meister Principia jur. crim. §. 326. ed osservazioni pratiche del med. t. II. num. 25 p. 217.

suole applicarsi una pena restrittiva di quattro o cinque anni al più (1). Ora chi prende a considerare diligentemente questa pena (2), si accorge di leggieri, che il vero punto di vista, frequentemente sfuggito ai giudici stessi, consiste nel contemplare ordinariamente come colposo il successo del duello (3). A sostegno di questa opinione (4) si può dire, che il successo di ogni azione, nocivo alla vita altrui, in quanto non fu pigliato di mira, non è dalle leggi imputato nemmeno a *culpa*, se non si potè agevolmente prevedere. Ogni duellante bensì dee sapere di esser posto dal duello nel caso di uccider facilmente il proprio avversario, perchè nell'impeto della mischia, o per le vicissitudini del combattimento, benchè manchi l'intenzion di ferire, un movimento inaspettato del pugno può dare al colpo una direzione di esito mortale. Se non che parlando ancora di *culpa*, si offre nel caso presente una causa, che ne aggrava la pena; perchè l'opinione generale reputa pericoloso alla vita il duello, e nuno può ignorare di non esser padrone del successo, non ostante la maggior destrezza, e la miglior volontà. Che se poi il duello è anche vietato di per se stesso dalla legge del paese, la natura illecita dell'azione presenta un altro motivo di accrescer la pena. Sebbene così l'applicazione della pena della *culpa* agli omicidj avvenuti in duello sia approvata dalla pratica del dritto comune; pur questa massima sembra stare in contraddizione con l'opinione da me difesa in un'altra memoria (5), dove sostenni, che agli omicidj ed ai ferimenti effettuati in duello non si possono applicare le leggi penali, che governano in generale il ferimento e l'omicidio. Noi per altro stimiamo sempre giusta una tale opinione, in quanto che il giudice non è autorizzato a punire chi uccise l'avversario in un duello ordinario, come colui che pose intenzionalmente a morte il proprio nemico fuor di duello. La giustezza di questa opinione è riconosciuta eziandio da von Oppen (6), da Henke (7), da Mougat-

vy (8), e da Pinet (9); ed anche quei dottori (10), che non sono pienamente di questo parere, toccano dell'influenza del consentimiento (11), o di una specie di necessaria difesa nel duello. Per dire il vero, non mancano rispettabili autorità, che stanno per l'applicazione generale delle leggi sull'omicidio premeditato, e sul ferimento, anche all'uccisione, e ad altra lesione commessa in duello. Sono esemplarmente di questo avviso Poggi (12), Marlin (13), den Tex (14), Quintus (15). In sì fatta diversità di sentenze non sarà forse giudicato inutile un nuovo esame della questione.

Il duello è innegabilmente fondato sopra una convenzione, che i duellanti dichiarano di voler contrarre per modo, che ciascheduno incontri un pericolo, e si sottoponga al successo possibilmente peggiore per la sua vita, o per l'integrità del suo corpo (16). Questo patto colloca i duellanti in una posizione diversa da quella, che si scorge in un'altra uccisione in cui l'uno assale violentemente l'altro. Nuno del due, ancorchè lo incolga il più sinistro successo, può lamentarsi dell'altro; perchè antecedentemente dichiarò di volersi assoggettare all'esito del combattimento. Non è concesso nemmeno ammettere, che nel duello uno dia la propria vita in mano all'avversario; perchè ciascheduno de' duellanti spera con la sua destrezza di dare alla pugna un esito propizio, conta almeno nel favore della fortuna. Quindi fa d'uopo stabilire, che il patto del duello non è di rinunzia alla vita, ma di semplice combattimento. E se si esamina questo patto, si vede, che non esiste prescrizione di diritto comune (giacchè il recesso imperiale non ha forza di legge), che lo dichiarò punibile, e che tutto dipende dal valore, che il giudice deve attribuire alla convenzione. Noi certamente ammetteremo di buon grado, che un simil patto non abbia alcuna validità

(3) Noveau projet de loi sur le duel. Paris. 1833. p. 27.

(9) Le duel en jurisprudence et en législation Paris 1789. p. 37.

(10) Bauer Elem. § 360.

(11) Feuerbach §. 103.

(12) Elem. jurispr. crim. (Florentiae 1817) lib. III. p. 32.

(13) Elem. §. 249.

(14) In una bella memoria sopra il duello teserata ne' suoi saggi di giurisprudenza t. VII. p. 30.

(15) Dissert. de duello eiusque puniendi ratione. Groning. 1830. p. 33.

(16) Von Oppen Contribuzioni p. 58.

(1) Tittman Instituz. par. II. p. 86.

(2) V. Bauer Elem. § 360.

(3) Ne dà un cenno anche Meister Principia ec. §. 328.

(4) E ammessa ancora da Grolman Elem. §. 358. Feuerbach §. 193. Heffter Elem. §. 371. nota 3.

(5) V. Nuovo archivio di dir. crim. t. VIII. p. 432.

(6) Contribuzioni alla revision delle leggi. (Köln 1833) p. 36.

(7) Instituz. III. 601 p.

agli occhi della legge, e che da esso non nasca azione di sorta: ma si correrebbe troppo, affermando, che il giudice lo deo considerare come non esistente. Questo patto in fatti altera essenzialmente la relazione, che altrimenti intercede fra due persone, una delle quali uccide ostilmente l'altra; fa nascere una relazione affatto diversa da quella, che il legislatore contempla nell'emanar la legge sull'omicidio; inodifica grandemente l'incolpazione dell'uccisore: ed il giudice, che è richiamato a ponderare esattamente tutte le circostanze, che determinano il grado dell'ingiustizia, ha pure il dovere di aver riguardo alla convenzione di duellare, finautochè almeno non esista una legge, che la dichiara punibile. Accorchè per altro esistesse questa legge, l'uccisore in duello non dovrebbe soggiacere alla pena dell'omicidio, ma solamente a quella, che s'incorrerebbe contraendo ed effettuando la convenzione proibita. Il patto di duellare ha questo in sè di speciale, che uno s'impegna in un combattimento, e si espone ad un pericolo, per sottrarsi ad un altro pericolo. Quest'ultimo pericolo è creato dalla falsa opinione, che riconosce nel duello un mezzo di salvare l'onore, ed esige da ogni offeso, e da ogni sfidato, che mantenga rispettivamente l'onore suo con l'arme alta mano. E dove uno ricusi di rendere omaggio a questo errore, dee temere di esser tenuto nel concetto di un vile da' suoi eguali, di trovarsi esposto a nuovi bistrattamenti, di compromettere in somma la sua civile esistenza (1). Queste riflessioni non saranno certamente insignificanti pel legislatore, che non voglia porre in contraddizione con la pubblica opinione la sua legge penale sopra il duello, e quindi abbaccura di rispettare l'error dominante, ad effetto almeno di non comminare una pena troppo severa, e s'ingegni di dissipare la sorta credenza con una saggia legislazione in materia d'ingiurie, affinché venga tolto all'offeso ogni pretesto di rendersi ragion da sè stesso. Il legislatore per altro si dovrà badare eziandio dall'applicare troppo generalmente questi riguardi; perocchè l'esperienza insegna, che la coazione al duello, per timore di altri pregiudizj, è propria solamente di certe condizioni, e non già di tutte. Non è da negare, che in molti Stati il nobile dee temere da per tutto il disprezzo de' suoi eguali, se non duella;

che l'uffiziale principalmente, il quale sfugge un certame singolare, giudicato da' suoi commilitoni necessario a salvar l'onore, può trovarsi costretto a prendere il suo congedo; e che la falsa opinione esercita una potenza mirabile anche fra gli scolari delle università (\*). In altre condizioni al contrario il tempo ha già tolto la forza all'errore. Il semplice cittadino, intochè schivi il duello, non è perciò dispregiato da' suoi concittadini: l'impiegato civile, rifiutando di duellare, non vede esposta a pericolo la propria estimazione, e solamente in alcuni luoghi la nobiltà personale, che si attribuisce ad alcuni alti dignitarj dello Stato, li può collocare nelle stesse circostanze del nobile. Ma questa è sempre una rara eccezione: e sebbene nelle prime settimane i ciarlieri scioperati si vadano occupando della supposta viltà di colui, che non volle duellare, quelle misere voci si riducono ben presto al silenzio, e l'uomo, che d'altra parte è degno di onore, non teme di perder la stima de' suoi concittadini. Quindi il prudente legislatore separerà il duello in genere (quello cioè, in cui si fa astrazione dalle condizioni particolari delle persone) dal duello, che si presenta fra i nobili, gli uffiziali, e gli studenti, ed accomoderà speciali provvedimenti a sì fatte relazioni. Ma, quantunque il giudice sottoposto al diritto comune si conservi fedele alla pratica finqui agitata, ed avuto il conveniente riguardo all'indole del patto intervenuto fra' duellanti non giudichi dolosa, ma colposa, l'uccisione da uno di loro commessa, la giustizia persuade, 1) potersi dare dei casi, in cui l'uccisore dell'avversario in duello debba, come reo d'omicidio premeditato, esser punito di morte, o trattato come responsabile d'omicidio d'impeto, e 2) potersi dare altri casi, in cui l'omicida si debba mandare impunito, o perchè a) l'effetto della morte casualmente accaduto non può essere imputato, o perchè b) l'agente si trovò nello stato di necessaria difesa. La pena dell'omicidio premeditato sarà in fatti giustamente applicata, ognorachè il duellante abbia fraudolentemente trasgredito le regole, stabilite dalla consuetudine, o precedentemente concertate, violando così l'egualianza delle condizioni, o sia altrimenti servito del duello, come di occasione,

(\*) Nelle università di Germania è comunissimo fra gli scolari il duellare col fioretto; onde avviene, che il viso dei Tedeschi, che le hanno frequentate, sia quasi sempre segnato di qualche sberleffe. N. d. T.

(1) Come quando l'uffiziale è costretto a prendere il suo congedo.

o di mezzo, a pervenire allo scellerato suo scopo. Ciò può avvenire in diverse guise: e 1) quando l'uccisione fu possibile solamente in virtù di una violazione intenzionale delle regole del duello, determinate dall'uso generale, o dal precedente concerto. Cionque, dopo che i secondi ebbero intimato di far alto, ammena un colpo al proprio avversario, e così lo uccide, o in un duello alla pistola, in cui fu convenuto, che ogni duellante si avanzasse contemporaneamente ad un dato segno, o tirasse ad una determinata distanza senza prender la mira, esplode prima del tempo pigliata la mira, o colpevole d'omicidio premeditato, a meno che le circostanze non mostrino per avventura, che ciò avvenisse senza proposito. 2) Si dica il medesimo, se taluno, anche senza violare immediatamente le regole del duello, tragga astutamente da circostanze imprevedute dei vantaggi, che non sono conciliabili con la scambiabile egualità della relazione, e solamente in forza di essi uccida l'avversario: come se per esempio in un duello fatto senza testimoni A scivolasse inaspettatamente sul terreno umido, o B lo colpisse e lo uccidesse in quell'istante. 3) L'omicidio può riputarsi parimente premeditato, anche quando taluno avventi un colpo mortale al proprio avversario, già divenuto incapace di continuare il cerlame, o perchè per debolezza non può sostenere più a lungo la scabola, o perchè è rimasto disarmato. 4) Finalmente si può figurare il caso d'un'uccisione punibile, come omicidio premeditato, anche quando un duellante, pel quale è cessato affatto il pericolo, che gli sovrastava dall'avversario, lo uccida a tenore di un concerto, che glielo dava la facoltà. S'immagini esempigrizia, che due duellanti traggano a sorte, chi di loro debba avere la pistola carica, e chi la scarica. A, ricevuta dalla sorte la prima, la esplode a sangue freddo contro B, e lo uccide. Qual persona di retto sentire, ancorchè la fortuna gli avesse successo un simil favore, s'imporrebbe di fronte al proprio avversario, o lo porrebbe a morte? Se dunque taluno può giugnere a questo eccesso, egli dee rispondere di omicidio premeditato. So bene, che in questo caso, come generalmente nel duello alla pistola, moltissimo dipenderà dalle più piccole circostanze concomitanti. Dove nella fattispecie riferita sotto num. 4. i duellanti avessero tirato a sorte, ma dopo ciò non si fossero assicurati della pistola, che era carica (1), e postisi di fronte avessero

contemporaneamente sgrillottato; si potrebbe difficilmente incolpare di omicidio premeditato l'uccisore. Neppure colui, che sgrilletta la pistola contro il proprio avversario, dopo che questi la esplose generosamente all'aria, merita sempre il rimprovero di omicidio premeditato, quando specialmente sappia, che il combattimento a tenore del concerto, non debba finire con due soli colpi.

Il semplice patto, col quale i duellanti abbiano convenuto, che uno di loro dovesse rimanere esilato sul campo, non basta a dare all'uccisione il carattere di omicidio premeditato. Il legislatore avrà certamente delle buone ragioni per minacciare di pena più severa un duello eseguito dietro sì fatto concerto: ma i riguardi, che decidono nel duello, considerato come genere, sono applicabili ancora a questa specie di esso. Qui pure abbiamo il concerto di un combattimento: e se l'uno si propone di uccidere l'altro, è anche vero, che ciascheduno espose nella pugna la propria vita. La indefinita ed incalcolabile diversità delle vicende del certame, o la alcuni duelli il semplice caso, decide dell'esito: e la coscienza del sopravvivate è in qualche modo tranquilla, quando egli combattè a condizioni, eguali a quelle dell'avversario.

L'imunità del duello, non ostante che uno de' combattenti sia rimasto ucciso, può essere ammessa 1) quando la morte ebbe luogo per conseguenza di un puro caso, o in virtù d'una circostanza impreveduta, come se un'arma esplose di per sé, e ferì l'avversario, od uno de' duellanti urtò per propria imperizia nell'arma di un secondo. 2) Di più l'imunità può aver luogo pel caso della necessaria tutela di sé, allorchè il duellante aveva l'intenzione di tenersi soltanto sulle difese (2), e desiderava di non ledere momentaneamente l'avversario, e non ostante gli aperse una ferita mortale, per liberarsi dal pericolo, in cui veniva posto da lui,

(1) Questa circostanza poteva esser nota solamente ai secondi.

(2) Si faccia il caso di un uomo sommamente tranquillo, che da gravi ingiurie ricevente da alcuno, e dagli eccitamenti de' suoi eguali sia costretto a duellare; che abbia antecedentemente dichiarato ai secondi ed ai testimoni, che si batteva unicamente per soddisfare alla falsa opinione dominante; che in dieci assalti abbia fatto di tutto per risparmiare l'avversario, e si sia solamente difeso; che dopo i primi assalti abbia detto di esser pronto a pacificarsi; ma che dall'attore dell'avversario sia posto nella necessità di provvedere alla propria salvezza.

di perder la villa. Non v'è che la più esatta considerazione di tutte le circostanze, che possa mettere il giudice in grado di pronunziare una giusta sentenza.

## §. II.

### *Principj delle moderne legislazioni intorno al duello.*

Noi abbiamo già parlato in un'altra memoria (1) della singolar posizione, in cui si trova il giureconsulto francese rispetto al duello. Il codice francese non lo rammenta affatto, e da ciò è nata una maravigliosa diversità di opinioni. Alcune corti francesi, attenendosi al discorso dell'oratore del governo nel proporre il codice penale (2), partono dal principio, che il duello non sia un delitto per se stante, ma che il successo suistito del duello si debba punire secondo le leggi generali, che governano la materia dell'omicidio, o del ferimento (3). Certi tribunali, parte dal silenzio della legge, parte dall'indole speciale del duello, parte dalle massime legislative, che dominavano a tempo della rivoluzione, dedussero, che la volontà del legislatore era stata quella di lasciare impunito il duello (4). Altri considerano in particolar modo, se si presenti il caso della slealtà, cioè della violazione delle regole del duello (5). Nell'anno 1818 la camera dei pari, come corte di giustizia, sentenziò, che il duello non era delitto: o nel 1819 la camera dei deputati deliberò di pregare il Re, affinchè facesse proporre un progetto di legge sopra il duello, per ricuperare il vuoto esistente. Che la corte di Cassazione in più decreti riconoscesse, che il duello non sia punibile, fu notato da me in altro luogo; ma più importante di tutte fu la sua decisione dell'anno 1828, quando la camera delle accuse di Nancy rinviò alla corte di giustizia un accusato di omicidio in duello, ed essendo stata cancellata questa sentenza dalla corte di cassazione (6), la corte d'appello di Metz, e più tardi quella di

Colmar giudicò come quella di Nancy. Secondo la legge del 30 luglio 1828 il governo doveva presentare un progetto di legge sopra il duello; e ciò fece nel 1830 (7). Il progetto soggiacque nelle Camere a molte modificazioni, delle quali non convenne il Governo: e così, non essendo stato presentato alcun nuovo progetto, dopo il 1830 le cose rimasero in questa parte; quali erano innanzi. Bensì nelle opinioni ultimamente manifestate dalla corte di cassazione, che il duello non sia punibile, e nella circostanza del non esser passata la legge del 1830, ancorchè nelle discussioni, che ebbero luogo, fosse riconosciuto un vuoto nella legislazione, s'incontra una nuova ragione per non punire il duello (8), quantunque ne derivi la morte (9); e sciamente in un caso, in cui venne frammentemente ucciso un individuo in un duello eseguito senza secondi, e senza testimoni, i giurati dichiararono colpevole l'accusato con circostanze attenuanti, e la corte lo condannò a dieci anni di reclusione (10). Anche gli scrittori di diritto francese, che parlano di questo tema, sono, tranne pochi (11), di opinione, che il duello non sia punibile a tenore del codice penale, e che le uccisioni commesse in duello non si possano riportare sotto le leggi comuni, che danno regola all'omicidio (12).

Se si ricerca il modo, in cui ne' paesi, che non appartengono alla Francia, ma nei quali vige ancora la legislazione francese, si è confermata la consuetudine forense, si vede tosto, che le corti di giustizia hanno fermato una massima più severa. Nel regno de' Paesi Bassi i tribunali (13) e gli scrittori (14) riconob-

(7) V. de Vaulx nel giornale di giurisprudenza straniera t. II. p. 88. e seg.

(8) Chauveau Code pénal progressif. p. 284.

(9) Dal rapporto generale dell'amministrazione della giustizia criminale del 1832 risulta, che in quell'anno furono in Francia denunziati 28 duelli mortiferi, e 39 non mortiferi.

(10) Gazette des tribunaux 1834. Octobre n. 2862. 2866. 2867.

(11) V. l'opinione di Odilon Barrot, citata da Mongalvy p. 21.

(12) A questi appartengono Brillac de Savarin, (cassisur le duel, Paris 1819, Merlin, Carnot, Bourguignon, Mongalvy, Rotaillard (du duel considéré sous le rapport de la moral, Paris 1829, p. 64.)

(13) Nel *Courier des Pays-bas* del 1826. n. 93. è riportata una sentenza pronunziata in materia della corte d'assise di Bruxelles.

(14) Quintos diss. cit. p. 107 deo Tex I. c. t. II. P. I p. 111.

(1) Nuovo archivio di dir. crim. t. VII. p. 451 — 457.

(2) V. Quintos diss. cit. p. 93.

(3) Degna di special considerazione è una sentenza pronunziata nel 1828 dal tribunale di appello di Colmar. V. *Gazette des tribunaux* 1828. n. 1032.

(4) Questa è l'opinione più comune. V. Bourguignon *Jurisprudence* III. p. 265.

(5) V. *Gazette des tribunaux* 1829. n. 1039.

(6) *Jurisprudence* du XIX. siècle. 1828 section 2. p. 47.

bero, che alle uccisioni commesse in duello si debbono applicare le leggi comuni, relative all'omicidio. Nel 1827 il Governo propose agli stati generali insieme col codice penale il progetto di alcune disposizioni, nelle quali il duello è dichiarato espressamente impunito, se non produce ferite, o morte (1). si fa distinzione fra l'uccisione dello sfidato quella dello sfidatore, e si minaccia, qual pena più grave, la reclusione o la relegazione fino ad otto anni: il progetto non fu accolto dagli stati generali (2). Nel 1828 fu discusso nel seno dei medesimi, se dovesse pubblicarsi una legge speciale sopra il duello (3). Cinquantasei voti si dichiararono per l'affermativa, e sei opinarono, che si dovesse continuare a riportare il duello sotto le leggi comuni, che danno regola all'omicidio (4). In un caso moderno la corte d'appello di Bruxelles riconobbe, che al ferimento avvenuto in duello vuolsi applicare la pena generalmente minacciata al ferimento nell'art. 311. del codice. Degna di specialissima attenzione è la sentenza proferita nel 1828 dal tribunal di Colonia, come camera correzionale di appello (5). Ivi sono primieramente sviluppati parte a parte i motivi, per cui le leggi comuni sull'omicidio e sul ferimento non sono accomodate all'uccisione avvenuta in duello, che è un combattimento concertato (6); si aggiunge, che altrimenti si farebbe tutto dipendere dal solo caso, e che i legislatori francesi non ebbero l'idea di punire il duello, come delitto per se stante; ma si dichiara poi, che ad onta di queste ragioni il tribunale non è autorizzato ad aver riguardo a sì fatte discolpe, perchè la legge francese non le ha considerate, anzi ha comminato senza distinzione la pena agli omicidj ed ai ferimenti. Quindi il tribunale decreta sei mesi di carcere (7).

Neppure il diritto inglese conosce alcuna legge penale particolare in materia di duello. E tenendo dietro allo sviluppo di quella giurisprudenza (8) sembra, che

i tribunali d'Inghilterra ignorassero affatto il duello avanti il 1615: nel quale anno Francesco Bacon, allora procurator generale, declamò contro il disordine del duello in una causa intentata contro un sacerdote, mostrò la necessità di dichiarare illegale questa specie di combattimento, di punire l'accettazione della sfida, e di applicare al caso le leggi comuni sull'omicidio (9). La camera stellata punì l'accusato. Da quel tempo in poi i tribunali perseguirono il duello: ma si palesò del contrasto coi giurati, i quali, prestando omaggio agli errori dominanti, frequentemente dichiararono incolpevole l'accusato. Non mancano per altro dei casi, in cui il duellante fu condannato come omicida (10). Sembra bensì, che fra i giurati trovasse un numero sempre maggiore di seguaci l'opinione, che le leggi comuni sull'omicidio non sieno applicabili al duello: ed anche la camera dei pari, in qualità di corte di giustizia, assolvè qualche duellatore (11). Gli avvocati fecero valere, che il duello è un mezzo di salvar l'onore, e che lo Stato non ha diritto di punire questa specie di combattimento (12): si ebbe ricorso al perfezionamento del diritto, e l'assoluzione degli accusati per via d'uccisione in duello divenne cosa ordinaria (13). Ma la giurisprudenza inglese perseverò nell'affermare, che l'omicidio, o il ferimento, commesso in duello, dee soggiacere alle leggi penali comuni, perchè il duello è illecito di sua natura, e perchè ognuno dee sopportare le conseguenze della propria azione. E siccome questi principj furono inseguiti dagli antichi scrittori Hale (14), e Foster (15), la cui autorità è sommamente rispettata nei tribunali d'Inghilterra, così trapassarono ancora nella giurisprudenza posteriore (16). Si pensò ben presto (17) a di-

(8) V. *Low Magazine*, Inne, XXII, p. 367.

(9) *Howel State trials*, XVII, p. 30.

(10) V. Il caso notevole del maggiore Orelby *State trials* XVII, p. 30.

(11) *Low Magazine* I. c. p. 375.

(12) V. Pingegosa orazione dell'avvocato Stuart, *Low Magazine* I. c. p. 378.

(13) *Low Magazine* I. c. p. 380 — 382. V. altri casi nella *Gazette des tribunaux* del 1830 nr. 1453, 1611.

(14) *Pleas of the crown* I. c. p. 443.

(15) *A report of some proceedings on the commission for the trial, and other crown cases*, London 1809. p. 297.

(16) Hawkins *Pleas of the crown*, I. c. p. 97 487. Stephen *Summary of the criminal Law*, London 1834. p. 138.

(17) Russel on crimes and misdemeanors I. p. 270.

(1) *Projet du code pénal du royaume des Pays-bas* 1827. de artic. 214 — 224.

(2) Fu difeso da Asser *Coup-d'oeil sur quelques principes essentiels du droit criminel*, Bruxelles 1828. p. 28.

(3) Quintus I. c. p. 66. den Tex I. c. P. VII, p. 45.

(4) *Courier des Pays-bas*, 1828. nr. 122.

(5) *Gazette des tribunaux*, 1831, nr. 2650.

(6) Archivio di dir. civ. e crim. della provincia toscana della Prussia, t. XII. p. 13.

(7) V. in proposito anche von Oppen *Contribuz. alla revision delle leggi* p. 67 — 72.

stinguere i duelli, che fossero combattuti una notte dopo l'avvenimento della contesa, o in un tempo in somma, in cui potesse giudicarsi cessato il bollore del sangue, da quelli, che avessero effetto subito dopo la contesa, e mentre ancora durava l'effervescenza dei contendenti. Nei primi non si volle concedere alcuna disculpa per via di provocazione, e non si fece che applicare la legge penale sull'omicidio premeditato: nei secondi il giudice fu richiamato ad esaminare, se dietro tutte le circostanze (1) potesse ammettersi, che la ferita fosse fatta dopo la cessazione del primo impulso, e se in generale una parte soverchiassero l'altra, o si contenesse con particolare malvagità. Dove il caso non presentasse circostanze aggravanti, si credè di doverlo considerare come omicidio precipitato (2) — *manslaughter*. — Ad alcuni giuristi parve punibile anche la semplice disfida, o consegna del cartello; e l'esecuzione del duello in luogo pubblico, ancorchè non ne derivi fermento, si vuol punita dai giureconsulti inglesi secondo i principj dell'apprensione diffusa nel popolo alla vista dell'oppressione (*affray*) (3). Le leggi militari d'Inghilterra (4) contengono disposizioni speciali sulla semplice disfida per l'uffiziale, che non impedisce il duello, come per chiunque mostra dispregio a chi non si batte.

In Scozia non esiste alcuna legge penale particolare intorno al duello: ma la consuetudine forense, che ammette anche meno del diritto inglese la disculpa dell'affetto, riconosce il duello come punibile di per sè, ed applica le disposizioni generali che si riferiscono all'omicidio (5).

Chi conosce la grande influenza, che le massime giuridiche inglesi esercitano sul diritto dell'America settentrionale, comprende di leggieri, che il duello non vi può esser trattato più dolcemente che in Inghilterra. La legislazione anzi di alcuni Stati mostra una severità anche più grande, e massimamente la cura di estirpare un male, che nei costumi degli Americani trova minore indulgenza che in Europa. Avengono in vero dei duelli fra gli uffiziali, fra gl'impiegati primarj e gli stranieri, e fra varj

ordini di persone, in quelli Stati i quali, come la Nuova Orleans, partecipano maggiormente delle costumanze francesi: ma il caso è rarissimo altrove; perchè in quella popolazione, che si è formata da diversi paesi, le false opinioni d'Europa radicarono meno, e non si trovano nello stesso modo quelle classi privilegiate, fra le quali si vedono accadere nel nostro emisfero i singolari casi (6). Noi vogliamo riferire, sulla fede di autorevoli testimonianze, le leggi più importanti degli Stati americani in materia di duello. — In Pensilvania una legge del 1806 determina (7), che chiunque sfida al duello, od accetta la disfida, debba esser punito con cinquecento dollari, con un anno di reclusione, e con l'incapacità di tutt'i diritti civili per nove anni; che qualunque occultatore di un duello sia sottoposto alla multa di cinquanta dollari; e che i secondi, del pari che le persone, le quali vituperassero il rifiuto di un duello, debbano soggiacere alla pena medesima de' duellanti. — Nello Stato di Alabama (8) ogni disfida, ed accettazione di essa, ed ogni eccitamento al duello, si punisce, a tenore della legge del 1804, con la multa di mille dollari, con un anno di carcere, e con l'incapacità degli impieghi pubblici per cinque anni. Secondo una legge del 1819 ogni giudice, il quale abbia ragion di credere, che sia per aver luogo un duello, ha diritto di arrestar le persone, che ne sono sospette, e di esiger da esse una cauzione: e la pena della disfida e dell'accettazione è fissata in una multa di duemila dollari, ed in un anno di reclusione. A tenore di una legge del 1826 ogni impiegato, prima d'entrare in ufficio, dee giurare di non essersi mai battuto, di non aver mai prestato assistenza a un duello, e di non voler mai duellare. — Nello Stato dell'Ohio (9), secondo la legge del 1804, ogni disfida, ed accettazione di essa, il far da secondo, e il portar cartelli, si punisce con l'incapacità dei pubblici impieghi, e con la multa di duemila dollari, la quale, se il colpevole è insolvente, si permuta in dieci anni di reclusione. Per la legge del 1809 la multa è ri-

(1) Russel l. c. p. 445.

(2) Ivi p. 416.

(3) Hawkins l. c. p. 487. Russel l. c. p. 276.

(4) Foucher *Revue étrangère* par Foelix 1834, fasc. 8. p. 527.

(5) Hume *Commentary* l. p. 225 — 235.

(6) Cooper *Gli Americani del Nord* lettera 36 osserva che da trent'anni ha avuto luogo alla Nuova York un solo duello.

(7) *Pardon a digest of the laws of Pensylvania*, Philadelph. 1831. p. 134.

(8) *Aikin a digest of the laws of Alabama*, Philadelph 1833. p. 134.

(9) *The statutes of Ohio edited by Chase*, Cincinnati 1833, vol. I. p. 411.

dotta a mille dollari, e lo sfidatore, il duellante, e il secondo debbono soffrire un'ora diogna, nudati fino alla cintura. — Nello Stato di Nuova-York (1) l'uccisione commessa in duello si trae dietro, tanto pel duellante, che pel secondo, la pena dell'omicidio premeditato. Dove non ne sia derivata la morte, ma il ferimento, ha luogo la carcere fino a dieci anni per chiunque sfidò od accettò, e fino a sett'anni pel secondo. Si l'uno che l'altro diviene inoltre incapace di pubblici impieghi. Chiunque rimprovera un altro di non avere accettato un duello, dee soggiacere alla carcere fino ad un anno, e pagare la multa di dugentocinquanta dollari. — Nello Stato di New-Jersey (2), in virtù della legge del 1829, la disfida e l'accettazione si punisce con cinquecento dollari, e con due anni di carcere, e il duello effettivo, quando non sia causa di morte, con mille dollari, e con quattro anni di carcere. Il moderno codice criminale, pubblicato in quel paese nel 1834, non è che una copia delle leggi di Nuova-York, dalle quali differisce un poco solamente per una certa maggior dolcezza di pene. — Nello Stato di Connecticut (3) la disfida, o l'accettazione, soggiace alla pena dell'incapacità dei pubblici uffizj, ed alla multa di tremila dollari, alla quale si sostituisce un anno di reclusione, se il colpevole è impotente a pagarli. Nello stesso modo è colpito il secondo e il testimone. Se del duello è conseguenza la morte, si fa luogo alla pena dell'omicidio premeditato. La qual massima è seguita dalle corti di giustizia anche negli altri Stati d'America. — Nello Stato di Georgia (4) una legge del dicembre 1832 ha abolito il giuramento, che già si dovea prestare entrando nei pubblici impieghi, e l'incapacità di conseguirli, nella quale s'incorreva per l'avanti col duello. In avvenire i duellanti e i secondi saranno puniti con la carcere da quattro fino ad otto anni. — Disposizioni molto più particolarizzate si contengono nel progetto di Livingston per la Luisiana (5). Quel

celebre giureconsulto, nella sua introduzione al codice (6), ha fatto notare, che non le vere calunnie, ma le semplici ingiurie sogliono eccitare al duello, ed ha mostrato la necessità, in cui è la legislazione, di dare una conveniente soddisfazione all'ingiuriato, e di costituir la pena al certame singolare, quando i cittadini ricusino di profittare dei mezzi legalmente concessi. Livingston vuole di più, che il duello sia minacciato di pene particolari, anche quando ne derivi uccisione, o ferita, perchè altrimenti rimarrebbe facilmente impunito. La pena dell'omicidio premeditato non si deve applicare che quando la morte sia provenuta da un tradimento: come se fossero state violate le regole del duello, o un combattente avesse ucciso per via d'un vantaggio, che si fosse fraudolentemente procurato. Ognorachè la morte abbia luogo senza tradimento, il progetto propone la carcere da due a quattro anni, e la perpetua incapacità di diritti civili. Quando non si verifichi ferimento di sorta, è comminata la carcere da sei a dodici mesi, e la sospensione dei diritti civili. Vanno sottoposti alla pena anche i secondi, e i latori de' cartelli. I procuratori dello Stato, e gl'impiegati giudicarij debbono solennemente dichiarare sul proprio onore, che impediranno i duelli, e perseguiranno i duellanti. Tutti gl'impiegati civili e militari sono richiamati, nell'entrare in uffizio, a giurare, che non si sono mai battuti, nè si batteranno in duello.

Anche nei moderni codici d'Italia s'incontrano disposizioni speciali intorno alla presente materia. Il codice di Parma (7) punisce lo sfidatore, che uccise, con la relegazione da dieci a vent'anni, e lo sfidato, che produsse lo stesso effetto di morte, con la relegazione da tre a dieci anni. Che se poi dal duello derivarono gravi ferite, lo stesso codice sottopone il feritore, che sfidò, alla relegazione da tre a dieci anni, e tratta più dolcemente il feritore, che fu sfidato. Il ferito, che sfidò, soggiace alla medesima pena del feritore, che fu sfidato. Se le ferite sono leggieri, si applica la carcere. La pena del confino, per la quale il punito si deve allontanare da un determinato luogo, indicato dalla sentenza, col-

(1) *Revised statutes of the State of New-York*, Albany 1829. part. IV. chap. I. tit. 1., vol. V. art. 1. VI.

(2) *Compilation of the public laws of the state of New-Jersey*, Camden 1833. p. 237.

(3) *Swift Digest of the laws of Connecticut*, 1823. vol. II. p. 234.

(4) *V. l'American jurist*, 1834. fasc. XXII. p. 468.

(5) *Code of offences and punishments*, tit. 19. chap. 6. p. 133.

(6) *Taillandier Opinion de M. Livingston sur le duel*, Paris 1829.

(7) *Codice penale per gli Stati di Parma* (1820) lib. II. cap. V. art. 338 — 365. Ivi si tratta del duello subito dopo il capitulo dell'omicidio.

piace i duellanti, se non seguita ferimento di sorta, del pari che gli sfidatori, e gli accettatori delle sfide, se il duello non fu altrimenti eseguito per circostanze casuali, e finalmente i paracipanti, gli instigatori, e i secondi. — Il nuovo codice pontificio (1) minaccia la pena di morte allo sfidatore, che uccise in duello l'avversario: alla qual pena vien sostituita la galera a vita, quando risulti, che egli non provocò l'altercazione. Soggiace alla pena di morte anche lo sfidato, che uccise l'avversario, ognorachè dal momento della sfida a quello dell'esecuzione del duello sieno decorse ventiquattrore. Se il duello è stato combattuto entro più breve tempo, e nell'impeto dell'ira, e n'è conseguita la morte, lo sfidato soffre la galera da dieci a quindici anni. Quando non ebbero luogo, che ferite, si applica la pena ordinaria del ferimento, accresciuta di due gradi per lo sfidatore, e di un grado per lo sfidato. La semplice sfida si trae dietro la detenzione da uno a tre anni, e la multa da trecento a mille scudi. Il duello senza conseguenza nociva si punisce con la multa da mille a duemila scudi. I secondi, gli eccitatori, e tutti quelli, che disprezzano chi rifiuta il duello, sono puniti come complici.

Rispetto alla legislazione germanica non occorre far parola della prussiana (2), e dell'austriaca, perchè i codici di amendue quegli Stati sono conosciuti di lunga mano, e nuove disposizioni sul duello non furono pubblicate, ne in Austria, nè in Prussia (3). All'incontro lo sviluppo, che in materia di duello ha ricevuto la legislazione in Baviera, merita di essere particolarmente osservato. La situazione di un giudice, che dee decidere a favore del codice bavaro del 1813, è veramente difficile. Quel codice non rammenta affatto il duello: ma fino dal 28 febbrajo 1779 esisteva in Baviera un editto molto severo (4) su questo proposito. Le annotazioni al codice penale (5) dichiararono, che i crimini, o i de-

litti, che sono propri di certe classi speciali, esempigrazia delle persone militari, e i duelli, che hanno luogo solamente fra individui di alta condizione, vadano sottoposti alle leggi, ed agli editti particolari. Anche nella recente raccolta di tutti i supplimenti, e di tutte le dichiarazioni del codice penale (6) viene accennato all'art. 1., che l'editto sopra il duello vale come legge generale, in quanto non si commetta col duello un delitto nominato nel codice stesso. Pare bensì, che i tribunali bavarj non trovino difficoltà ad applicare le disposizioni del codice penale sopra l'omicidio e il ferimento, ogni qual volta succeda l'uno o l'altro effetto (7); avvegnachè si sostiene, che le annotazioni al codice non hanno forza di legge, ma debbono solamente servire a spiegarlo (8). Se non che la precisione, con cui parlano le annotazioni, e l'osservare, che il legislatore non poteva ignorare il duello, delitto troppo generalmente conosciuto, anzi doveva avvedersi, che, applicandogli le leggi penali, che ordinariamente governano l'omicidio e la lesione corporale, si darebbe motivo ad una soverchia severità, nè si farebbe luogo a punire il duello, che non avesse partorito sinistri effetti, perchè non gli convengono i caratteri del tentativo (9), autorizzano piuttosto ad ammettere, che il legislatore del 1813 avesse in mente di pubblicare in proposito una disposizione particolare, relativa alle classi, nelle quali per lo più accadono i singolari cecitami, e di lasciare provvisoriamente sussistere la consuetudine, che già vigea, e l'antico editto, il quale, a motivo del suo rigore, non era stato giammai compiutamente applicato (10). L'oscillazione delle cose giudicate mosse la legislazione a proporre disposizioni speciali intorno al duello nei progetti del 1822, del 1827, e del 1831, nei quali si parlò del

il delitto.

(6) Bamberga 1834.

(7) Ciò si approva da Braunmühl l. p. 65.

(8) Nelle leggi per gli studenti, promulgate nel 1814, si dice assolutamente, che, se dal duello deriva omicidio o ferimento, oltre alla repressione disciplinare si debbano applicare le pene, stabilite per questi delitti dal codice penale.

(9) Che cosa hanno tentato i duellanti? L'omicidio, o la lesione corporale? Si può egli parlare anche di tentativo colposo?

(10) Contro l'idea di applicare al duello, secondo il diritto bavaro, le leggi, che contemplano l'omicidio e la lesione corporale, v. ancora una memoria inserita nel giornale di giurisprudenza generale di Elver 1828 num. 79

21

(1) Regolamento sui delitti (9 settembre 1832) tit. XX. art. 296 — 304.

(2) Rispetto alla legislazione prussiana è comparso uno scritto sopra le ingiurie, il diritto domestico, la necessaria difesa e il duello. Berlino 1827. V. ancora il giornale di Hefzig fasc. 33. p. 150 — 193.

(3) V. Zum Bach Considerazioni sopra alcuni oggetti capitali di dir. p. 316. e seg.

(4) Stampato nel libro di Braunmühl sopra il duello, Landsbut 1826. p. 67.

(5) Tomo I. p. 20.

Vol. II.

principio (1), che gli omicidj e i ferimenti, avvenuti per causa di singolare certame, non si possono considerare come omicidj e ferimenti ordinari. Secondo il progetto del 1831 (2) il duellante incorre nella pena della casa di disciplina per dodici anni almeno, se il duello fu concertato mortale, ed uno dei combattenti vi perdè la vita: se poi, fuori di questo caso, avvenne la morte, od una grave lesione, pericolosa alla vita, il duellante incorre nella casa di lavoro per un tempo non minore di quattro anni: e se finalmente non ebbe luogo alcuna lesione, o fu fatta una lesione leggiera, il duellante soggiace alla carcere per tre mesi almeno. Tutti coloro, che assisterono al duello, come secondi o testimoni, o ad esso intenzionalmente contribuirono, soffrono la pena degli ausiliatori di grado supremo. Anche alla semplice disfida, od accettazione di essa, quando il duello non venne eseguito, è comminata la carcere fino a tre mesi, alla quale soggiace eziandio chiunque mostra dispregio a chi ricusa di battersi. Nei motivi del progetto del 1831 (3), i quali contengono molte acute osservazioni pratiche intorno al duello, si confessa l'imbarazzo, in cui si è ritrovato il legislatore, e si deplora l'esistenza di quell'editto severo, che abbiamo menzionato di sopra (4). Per causa della frequente difficoltà di determinare, chi sia l'ostigatore, e perchè non di rado l'ostigato (u quegli, che con una grave offesa pose l'avversario nella necessità di sfidare, il progetto non ha fatto alcuna differenza di minaccia penale fra l'uno e l'altro.

Questi principj del progetto bavaro hanno diretto, com'è palese, il nuovo codice penale pel regno di Grecia (5). Nelle pene bensì vi s'incontrano alcune piccole modificazioni. È minacciata per esempio la pena delle catene, se il duello fu concertato mortale, ed uno de' combattenti vi perdè la vita. È minacciata la carcere fino a due anni, se ebbe luogo l'orinamento, e il duello fu concertato sen-

za secondi, o testimoni: i quali pure, quando sieno stati adoperati, sono dichiarati punibili dall'art. 210.

Le idee del progetto bavaro hanno influito eziandio in quelle di Württemberg (6): le pene del quale per altro sono più miti, avvegnachè vi sia comminata esempigrazia la detenzione in una fortezza per non meno di due anni, quando una delle parti è rimasta uccisa. Ma se il duello fu concertato mortale, i colpevoli, secondochè uno de' combattenti è perito, o no, debbono, a tenore dell'art. 182, soggiacere alla pena, che le leggi minacciano all'omicidio precipitato, o consumato, o tentato. I secondi e i testimoni sono puniti egualmente.

Le disposizioni del progetto di Anno-ver sono state da me già inserite in un altro luogo (7). Il progetto comparso più tardi, ed ora discusso negli Stati, declina dal precedente per una sproporzionata severità di comminazioni penali. Se il duello fu concertato mortale (8), ed una parte vi perì, viene in applicazione la pena di morte: alla quale si sostituisce la pena delle catene a vita nel solo caso, in cui concorrano circostanze attenuanti. E quando la morte non sia stata concertata, ma il duello sia stato combattuto per modo, che la medesima ne dovesse con somma verisimiglianza succedere, si fa luogo alla pena delle catene sino a quindici anni. Quanto ai secondi, che debbono esser puniti di carcere, senza guardare al successo, concorre una circostanza attenuante, se cercarono di prevenire il duello, o di renderlo innocuo al maggior segno possibile. Nel primo rapporto della commissione delle Camere (9) il progetto è approvato nella sua integrità, e solamente rispetto ai secondi si propone di dichiararli impuniti, ognorachè abbiano virilmente tentato d'impedire il duello. Ma con maggiore profondità il secondo rapporto della commissione (10) stabilisce, che il duello, quando non ecceda i termini, che sono richiesti dalle idee comuni per soddisfazione d'onore offeso, si debba lievemente punire, come un male difficile ad evitarsi: e che si debba al contrario severamente colpire, ognorachè vengano oltrepassati quei limiti. La commissione ap-

(1) V. I motivi del progetto bavaro del 1827 p. 112.

(2) Nel cap. VI sotto il titolo della perturbazione della quiete, e della privata violenza, art. 186.

(3) p. 179.

(4) Gli indicati motivi s. p. 180 dicono, che quell'editto non ha mai dato segal della sua forza vitale.

(5) V. gli articoli 208 — 211. In questo codice ancora il duello è posto sotto il titolo della ragion fattasi e delle perturbazioni della quiete.

(6) Questo, che è del 1832, tratta in un capitolo speciale della ragion fattasi, ed del duello.

(7) Archivio di dir. crim. t. VIII. p. 448.

(8) V. Bauer Confronto del progetto originario con quello riveduto, p. 109 — 119.

(9) p. 64.

(10) p. 37.

prova la pena di morte, comminata nel progetto: ma pel secondo caso vuole, che alla pena delle catene si aggiunga, che, nel concorso di circostanze attenuanti, si possa applicare la casa di disciplina. Rispetto ai secondi aderisce alla proposizione del primo rapporto, e domanda solamente, che nella punizione del duello non abbiano luogo le conseguenze dei gravi castighi, determinate nell'articolo 16 (1).

Nell'Assia elettorale fu pubblicata sotto dì 11 gennaio 1830 un'ordinanza, a tenor della quale è minacciato alla semplice disfida l'arresto in forza da tre a sei anni; al duello eseguito, la perdita della nobiltà, la cassazione, o il congedo dal pubblico servizio, e l'arresto in forza da dieci anni fino a perpetuità; ed è inoltre fissato, che, se una delle parti rimane uccisa in duello, debba l'altra soggiacere alla pena, imposta dal diritto comune all'omicidio premeditato, o al precipitato. Il soverchio rigore e l'inopportunità di queste disposizioni penali diede motivo agli Stati del 1832 di proporre la soppressione della menzionata ordinanza.

### §. III.

#### *Considerazioni legislative.*

Il dovere, che ha il legislatore di ponderare diligentemente le relazioni, sotto le quali si presentano gli atti, che formano oggetto di leggi penali, richiama, quando si tratta di provvedere al duello, a considerare compitamente tutte le idee del popolo, a cui è destinata la legislazione, i motivi di operare, i bisogni della civil società, e vuole, che uno si tenga lontano, tanto dal credere ciecamente alla forza spaventatrice di rigore comminazioni, quanto dal cedere a un sentimento di soverchia indulgenza, che cerchi scusa pretesendo lo stato della pubblica opinione. L'esperienza fatte in Francia, dove pochi anni fa si costringeva non di rado al duello chi manifestava un parere diverso nella camera dei deputati, o nei giornali, debbono fare accorto il legislatore, che non è desiderabile uno stato di società, in cui le private confesse, anziché con la forza delle ragioni, si decidano con la spada, o con la pistola. Una tal costumanza penetrerebbe tosto eziandio nelle corti di giustizia, e soffocherebbe la libera e coraggiosa manifestazione del proprio convincimento. Non si può dissimulare, che

i costumi estendano sempre più la censura del duello: ed è un segno di civiltà progressiva il vedere (2), che si torce con ribrezzo lo sguardo da colui, che si è macchiato del sangue d'un uomo, inlochè ucciso in singolare certame. Avrebbe gran torto una legislazione, che, pigliando ad esempio il despotismo soidatesco di Napoleone, si lasciasse indurre ad una esagerata condiscendenza verso il duello, per non sopprimere il così detto sentimento d'onore militare. Si dee cercare all'incontro con ogni cura di conservare la debita efficacia alla legge, applicandola in tutti i casi, in cui vengano commessi duelli: ma bisogna ad un tempo badarsi dall'eccessiva severità delle minacce penali, perchè l'esperienza insegna, che altrimenti la legge trova un nemico inesorabile nella censura dei migliori, per la quale o i duelli non sono giudizialmente perseguitati, o troppo frequenti atti di grazia scemano riverenza al diritto costituito. Il legislatore non può ignorare, che di dieci persone, che eseguiscano questo delitto, otto vi si risolvono loro malgrado, o non vi sono determinati, che dal timore di quei giudizi, onde si vedono minacciate dalle false opinioni dei loro eguali. Se questa contraria disposizione di spirito è fortificata da una legge, che perseguita seriamente il duello, e viene costantemente applicata, il legislatore può confidarsi, che molti, i quali avrebbero ceduto all'errore, non mancheranno del coraggio, necessario a rifiutare di battersi. Solamente ripetiamo, essere una necessaria condizione preliminare della punizione del duello, che il legislatore conceda la dovuta soddisfazione all'offeso con savie norme in materia d'ingiurie; perocchè solamente così viene a dileguarsi il pretesto, che l'offeso non abbia avuto altro mezzo di conservarsi l'onore.

I. E qui, dove si richieda primieramente, se il sistema legislativo di tacer del duello, come delitto particolare, o di far punire gli omicidj e i ferimenti, in quello commessi, a tenor delle leggi, che contemplano questi fatti criminosi, si debba preferire al sistema, che minaccia di pene speciali il duello; si può replicare, che tutto lo ragioni si rimiscono a far prescegliere il secondo partito. In fatti non si potrà mai negare, che l'uccisione commessa in un duello regolare sia da giudicarsi ben altrimenti dall'omicidio

(1) Esempigrazia la perdita della nobiltà, degli impieghi ec.

(2) Sul congelamento delle idee in sì fatto proposito si trovano buone osservazioni in Mongaulty *Projet* ec. p. 23.

premeditato, o precipitato, intenzionalmente eseguito a danno d'un avversario indifeso. I più sottili ragionamenti non riescono a ridurre al silenzio la voce, che ricorda il concerto scambievolmente di espor-si allo stesso pericolo, e che il combattente rimasto ferito, od ucciso, si poteva difendere. Se dunque il legislatore vuol dichiarare, che l'omicidio avvenuto in duello si debba considerare come qualunque altro, non raggiungerà il suo scopo: la voce generale accuserà l'errore, o l'ingiustizia del legislatore: i singolari certati non saranno denunziati, e così rimarranno ignoti all'autorità: dove sono i giurati, essi dichiareranno incolpevole l'imputato: e i giudici giureconsulti, pigliando la strage sotto l'aspetto di colposa, decreteranno sovente una leggierissima pena. Secondo questo sistema il ferito non sarebbe punito giammai, perchè non soggiacerebbe a pena il duello, ma solamente il successo del medesimo: e il ferimento in duello verrebbe equiparato a quello commesso per altra causa. Così accaderebbe sovente, che rimanesse impunito colui, che fu la prima cagione del singolare certame, e costringe l'avversario a battersi. È manifesto, che il duello debb'esser contemplato come un reato particolare, e minacciato di pena: perchè non bisogna considerarvi un delitto privato nell'interesse dell'offeso, ma un fatto di comune pericolo, e contrario alla pubblica quiete, come quello, che pone la forza bruta dell'armi in inogo delle ordinate pretese giuridiche; che sopprime la libera manifestazione dell'opinioni; che produce una condizione di cose, nella quale i combattenti corrono il rischio della vita, o della salute. La legge penale è in questo caso diretta ad estirpare l'errore, che produce la convenzione di battersi, la quale il più delle volte ha la sua radice in una coazione; perchè la potenza della falsa opinione dominante costringe i cittadini a divenire ad un accordo così pericoloso.

Il. Quindi il legislatore dee primieramente minacciare di pena, come reato, la semplice esecuzione del duello, senza badare al successo, ed in questa comminazione ponderar bene da un lato la quantità del danno per la civil società, e dall'altro l'attenuata quantità del demerito. Imperocchè i duellanti sono in qualche modo forzati a battersi dall'autorità della falsa opinione dominante, o dalla voce dei loro eguali. Inoltre sentano la loro azione davanti al tribunale della propria coscienza, pensando, che ognuno di essi non fa che intraprendere una lot-

ta probabilmente innocua, sovente simile ad un esercizio di scherma; ciascuno si sottopone al caso a parità di circostanze, o conta sulla rispettiva destrezza per evitare il più infelice successo. Certamente il legislatore dovrà misurare le pene anche dal successo, e perchè da questo è determinata la quantità del danno, e perchè la natura del precedente concerto, e la lotta medesima dipende in gran parte dai duellanti: i quali vengono eccitati ad usare di una prudenza maggiore, procurando, che il duello abbia un esito più innocuo, quando sanno, che la pena è graduata eziandio dall'evento. La pena per altro graduata nella legge in ragione del successo non dee costituirsi con salti troppo risentiti; perchè altrimenti il legislatore può ragionevolmente temere di essere ingiusto: come quando una severa disposizione si dovesse applicare ancora nel caso, in cui avesse avuto luogo la morte, contro la volontà e la previdenza dei sopravvivenenti, e per un fatale concorso di circostanze disastrose. Qui vi assolutamente necessario di rilasciare un largo spazio all'arbitrio del giudice, ad oggetto di valutare le singole circostanze. Ciò che bisogna principalmente considerare nella comminazione della pena è la specie del concerto, che precede il duello. Quanto fu più pericoloso questo concerto per l'esito da potersene agevolmente prevedere, tanto più severa debb'esser la pena. Il concerto del duello all'ultimo sangue è punibile con la massima severità: e i duelli alla pistola meritano in generale di essere più rigorosamente puniti, perchè in essi sparisce quasi del tutto il carattere della lotta, e non decide che il caso. Il più delle volte dipende da duellanti lo scegliere la specie più innocua di duello, per soddisfare alla falsa opinione dominante, ed evitare il rimprovero di viltà. Dove essi procedano più oltre, e scelgano il duello alla pistola, quando sarebbe bastato il battersi con la sciabola, o concertino una maniera particolare di lotta, l'esito della quale sia necessariamente più pericoloso, non meritano più l'indulgenza del legislatore. Solamente fa di mestieri qui ponderare, che in alcune condizioni l'uso ricevuto determina la qualità del duello dalla qualità dell'offesa, onde per esempio la grandezza dell'ingiuria esige una lotta all'ultimo sangue, o un duello alla pistola: dal che procede, che dalla voce degli eguali, che danno del vile a chi non elegge la specie più pericolosa, alcuni si trovino costretti a duellare, loro malgrado, in quel modo.

Ora debb'esser possibile al giudice di avere un riguardo anche a questa circostanza nell'adeguare la pena (1). Una particolare disposizione penale vuolsi fare pe' casi, ne quali il duello venga convenuto senza secondi, e senza testimoni, o l'omicidio avvenuto sia conseguenza di slealtà. Una più severa comminazione nel primo caso è giustificata; perchè i duelli senza secondi sogliono avere un esito molto più pericoloso, non assistendovi alcuno, che si opponga alla rabbia selvaggia de' combattenti, prevenga il prorompere della vendetta o della frode, dia un andamento più regolato alla lotta, e contribuisca a farla terminare più presto. Rispetto alla slealtà noi intendiamo di riferirci al quattro casi, accennati di sopra nel §. 1., nei quali saremmo di parere, che il ferimento, o l'omicidio, dovesse riputarsi doloso. A tenore de' cenni menzionati, un articolo speciale dovrebbe nella legge designare esattamente sì fatti casi, ed esprimere (2), che, quando in essi accada uccisione, o ferimento, debba aver luogo, oltre la pena del duello, anche quella stabilita per tali successi. — Che lo sfidatore debba essere ordinariamente punito più dello sfidato, noi lo ammettiamo dietro le ragioni indicate altrove (3): ma questa debb'essere una considerazione rilasciata alla prudenza del giudice, affinché la legislazione non incorra nel pericolo d'ingiustizia. Sovente in fatti lo sfidato, non sapendo, che un certo suo contegno costringerebbe l'offeso a provocare al duello, fu appunto quegli, che obbligò lo sfidatore a mandare il cartello (4). A reitamente adeguare la pena contribuisce ancora l'investigare, quale de' duellanti propose la specie più pericolosa di duello, ed in essa perseverò, o quale più ostinatamente ricusò l'offerta riconciliazione, o la soddisfazione legale, esempi-

grazia per mezzo della *deprecatio*. Lo zelante e religioso inquirente può discoprir molto bene, se vuole, tutte queste circostanze. Non già il semplice sfidatore, ma bensì colui, che avendo rifuggito da qualunque riconciliazione costrinse l'altro a sottoporsi al duello, o ad una specie pericolosa di esso, è quel delinquente, che merita di provare il rigor della legge.

III. In America (5), siccome è notorio, si è proposta, qual pena opportunissima contro il duello, l'incapacità del duellante ai pubblici uffizj (6), e quindi si esige dagl'impiegati, che entrano in posto, un giuramento particolare. Noi non possiamo assolutamente aderire a questo principio. Per esso in fatti s'introducono delle pene infamanti, che hanno contro di sè tanti ostacoli, e molto meno son degne di approvazione, se debbono colpire un reato, che secondo l'opinione popolare non è generato da un sentimento spregevole, e perciò non si considera ignominioso. Il che avviene eziandio, perchè, non essendo riuscita la legislazione ad abolire certe relazioni, che infellicemente sussistono tuttavia, può trovarsi obbligato a duellare anche un uomo meritevole di altissima stima, per evitare quei pregiudizj, dai quali la potenza dello Stato non ha virtù di sottrarlo (7). Or se il legislatore esige, che uno giuri di non battersi, parlano contro questo precetto tutte le obiezioni che colpiscono in genere il giuramento promissorio, perchè non v'è sapienza umana, che possa presagire i nodi delle vicende, alle quali si troverà esposto un individuo. Così accadrà, o che l'uomo di minor coscienza, trovandosi in una situazione disperata, si batterà non ostante, e commetterà uno spergiuro, provocato dalla legge; o che l'uomo di maggior coscienza andrà, con l'evitare il duello, incontro al pubblico vituperio. Che se poi lo Stato richiede il giuramento di non aver mai duellato, pregiudica a sè medesimo; perchè si priva di molti uomini intelligenti ed onorati, che non possono prestare quel giuramento, per aver forse combattuto un duello nel bollire degli anni, o in circo-

(5) Anche von Oppen p. 78. propone simili pene.

(6) Livingston nel suo rapporto d'introduzione (V. la traduz. franc. p. 18) riporta una lettera del gran giudice, il quale sostiene, che l'esperienza ha mostrato l'efficacia di questo giuramento, in grazia del quale sono grandemente diminuiti i duelli nella Virginia.

(7) V. Bauer Confronto del progetto originario di codice penale p. 110.

(1) Riportandoci a quanto abbiamo detto nel §. I. noi rammentiamo, che ancora nel caso di duello concertato fino all'ultimo sangue non si debbono lasciare inosservati i caratteri, che in questa specie di azione diminuiscono la colpa. Quindi è affatto inconseguente il comminare la pena capitale a questo caso, ancorchè ne derivi la morte.

(2) Anche von Oppen l. c. p. 38. ha collocato nel suo progetto una tal disposizione pel caso, in cui nella lotta sia stata violata la convenzione. Sommarmente precisa è in questo proposito la prescrizione, che s'incontra nel citato progetto di Livingston.

(3) Archivio di dir. crim. I. VIII. p. 463.

(4) V. i motivi del progetto bavaro del 1831 a p. 183.

stanze affatto straordinarie. Quindi è un improvvido temperamento quello di dichiarare lucrosa l'incapacità de' pubblici impieghi, o dei diritti politici, in pena del duello; perchè in tal guisa lo Stato viene ad escludere da uffici importanti qualche uomo ragguardevole, che la fiducia generale avrebbe per avventura preferito ad ogn' altro. Che se, ciò non di meno, lo Stato vuol comminare una simil pena, fa di mestieri, che ne consideri la gravità singolare, per non congiungerla con una carcerazione di lunga durata; chè altrimenti ne procederebbe una mostruosa disuguaglianza. Mentre in fatti questa dichiarazione d'incapacità d'impieghi, e di diritti politici, è un pregiudizio sensibilissimo, che distrugge tutta quanta la civile esistenza di quel delinquente, che si educcò ai pubblici uffici, ed ha vocazione per essi, è una privazione appena considerabile per un altro, che diede alla propria vita una direzione affatto diversa.

IV. Vuolsi inoltre esaminare, se la legge debba minacciare di pena solamente il duello consumato, od anco il tentato. Mongalvy (1) risponde negativamente, avvegnachè nel tentativo di duello non si trovino i caratteri del reato punibile, non potendosi dire, che vi si presenti un principio d'esecuzione, nè che la consumazione possa rimanere interrotta per cause indipendenti dalla volontà degli agenti. Ma non è facile convenire in questa sentenza; perocchè la legge dee riconoscere la punibilità non solamente in un dato successo, ma ancora nel trattato del duello. Chi disdica, sa bene di costringere per questa provocazione il proprio avversario al duello, e che quindi il singolare combattimento avrà effetto: egli esprime indubitabilmente la sua volontà di contrarre il patto. Si dica lo stesso di chi abbia accettato la disdica; perchè allora il patto è concluso. Allorchè si adduce, che il semplice patto non disturba la quiete della civil società, non si coglie nel vero punto. La legge deve estirpare il male dalla radice; e la semplice disdica è già per lo sfidato, e spesso ancora pe' suoi attinenti, un fatto, il quale per causa della coazione, che in esso contienisi, toglie la pace ad una famiglia, e produce uno stato di dolore. Quindi la legge dovrebbe determinare una pena speciale per la disdica, e per l'accettazione di essa. Ma la politica criminale, perchè sia evitato il male mag-

giore, e concesso un vantaggio al pentimento efficace, richiede, che venga favorita la desistenza spontanea. Per lo che un articolo particolare dovrebbe nella legge dichiarare l'impunità di colui, che ritratta la disdica, o l'accettazione di essa. E forse sarebbe prudente riconoscere una circostanza attenuante in colui, che, quantunque duellasse, perchè fu inefficace la sua premura di ritrarsi, potesse per altro dimostrare seriamente ingegnato di riconciliarsi.

V. Rispetto alla pena dei secondi e dei testimoni, noi abbiamo già fatto vedere la diversità delle massime legislative. Anche gli scrittori (2) vanno in sentenze diversissime. Attendendo alla proposizione indicata di sopra, che ogni duello eseguito senza secondi sia più gravemente punito, sembra contraddittorio, che il legislatore voglia colpire coloro, dei quali apprezza il concorso. È stato già osservato saviamente da altri (3), che sovente i secondi non partecipano al duello per propria elezione, ma destinati dalla sorte, o dalla scelta degli eguali, come accade nell'ordine militare. Sarebbe malagevole riputar giusta la punizione di sì fatti individui. Inoltre è molto importante, che vengano adoperate, come secondi, persone dotate di presenza di spirito e di coraggio; chè altrimenti rimarrebbe frustrato lo scopo del legislatore, che, se non altro, vuol render menomo il danno. D'altra parte non si può dissimulare, che, quando la legge ha una volta riconosciuto punibile il duello, dee punire ancora l'aiuto prestato al medesimo. Tutto dunque dipenderà dal vedere, se la legislazione, considerata i dettami della politica criminale, e ponderata la particolare natura di questa specie di aiuto, trovi più conto a dichiarare l'impunità dei secondi, ad effetto di minorare il male mediante il loro concorso. Quando il legislatore non voglia esimersi da ogni pena, potrà con molto vantaggio rivolgere l'attenzione alla proposta della commissione statutale di Annover, e così dichiarare l'impunità, dove sia dimostrato, che i secondi hanno fatto ogni loro sforzo per impedire il duello, e valutare a pro dei medesimi una circostanza attenuante, dove apparisca, che si sono studiati di scemmarlo, quanto più potevasi, il danno.

(2) Mongalvy l. c. p. 46., e von Oppen l. c. p. 78. vogliono la punizione dei secondi. Quintus diss. cit. p. 131 sostiene la loro impunità.

(3) Motivi del progetto di baviere del 1831 p. 182.

(1) *Projet ec.* p. 42. V. Anche Quintus diss. cit. p. 133

**INTORNO ALL' ESSENZA DI FATTO DELLA LESIONE CORPORALE,  
E DEL DANNEGGIAMENTO DELLA SALUTE**

DISSERTAZIONE DI *VON JAGEMANN.*

ESTRATTA DAL TOMO XXV FASC. 1, DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE,  
ANNO 1844 (a).

Per quanto il campo della scienza criminale sia dai moderni coltivato industriosamente, ed alla revisione delle sue dottrine vengano offerte così molteplici occasioni dai lavori legislativi, ai quali si attende con tanto zelo; pure il pratico incontra qua e là dei vuoti, che si dovrebbero dai dotti riempire. E questi non potrebbero non concepirne il desiderio, se vi fosse richiamata la loro attenzione; perchè agli uomini, che vivono lontani dall'applicazione del diritto, riesce difficile il voltare lo sguardo dove

principalmente bisognerebbe (1). Onde avviene talora che un qualche lavoro, il quale è costato grave fatica a chi lo ha composto, non conduca ad altro, che ad una sterile ammirazione, e a deplorare la perdita di un tempo, che si sarebbe potuto così utilmente impiegare in altre materie. Non sarebbe quindi inopportuno, che qualche pratico criminalista indicasse i punti, che a suo parere abbisognano di una trattazione profonda affinché, i maestri della scienza avessero sempre dinanzi agli occhi una provvisione di quegli argomenti, che più specialmente richiedono le loro meditazioni (2).

Dopo il furto non avvi certamente delitto, che si presenti più spesso della lesione corporale. Ma, mentre a quello fu applicata la più straordinaria diligenza di molti giureconsulti, onde appena vi rimane una questione, che non sia stata maturamente ponderata, sulla lesione corporale non si è istituita che qualche indagine parziale, che, in vece di bastare a diffondere la luce necessaria, contribuisce piuttosto ad intrigar maggiormente la cosa. S'io piglio pertanto a dirne qualche parola, non mi confido già di somministrare importanti considerazioni per la teorica, ma solamente di ri-

(a) Le leggi penali del regno delle due Sicilie offrono una completa e rigorosa gradazione delle lesioni corporali, considerate sotto tutti i rapporti, di persone, di tempo, di luogo, dei mezzi usati ecc.

**Omicidio** — Sua distinzione in parricidio, infanticidio, veneficio, premeditato, e semplicemente volontario art. 348 a 351 — Pene prescritte per ciascuna specie art. 352 a 355 — Necessità di legittima difesa per cui non sono imputabili art. 373 e 374 — Per gli omicidii involontarii art. 375 e 376 — In quali casi siano o pur no scusabili art. 377 a 391 — loro occultazione art. 392.

**Perite** — Pene per quelle che si recano a' ministri dell'altare art. 93 — a pubblici funzionarii art. 175 e seg. — Quali sono le gravi art. 356 a 360 — Quali le lievi art. 361 e seg. — Quando sono involontarie o non imputabili art. 376 a 378 — Come si rendano scusabili art. 377 e seg. — per le levatrici, ed ufficiali sanitari che non le rivelino all'autorità art. 392.

**Castratura.** Pena di questo misfatto art. 364. **Percosse.** Quando si commettono impersone di pubblici funzionarii art. 175 e seg. — loro divisione in gravi, e leggere art. 356 a 363 Quando sono involontarie, o non imputabili art. 372 a 376 — Quando sono scusabili art. 377 e seg. — Obbligo degli ufficiali sanitari, e levatrici di rivelarle art. 392.

(1) Merita di esser valutato ciò che dice Habicht nelle sue investigazioni giuridiche, t. I. p. X. « Nella nuova organizzazione, che diventa necessaria, delle corti criminali, la sapienza dei governi riuscirà certamente a prendere dei temperamenti, onde risulti, che la scienza teorica della cattedra venga intimamente connessa con la pratica amministrativa della giustizia ».

(2) L'indicazione di questi punti dovrebbe far parte delle relazioni annuali dei presidenti e dei regj procuratori de' tribunali ai ministri di giustizia.

portare la discussione un tema, che forma un ramo principale d'affari per ogni impiegato criminale, e che spesso presenta gravi difficoltà per causa delle sue molteplici forme. Così darò forse occasione a persone più capaci di me di occuparsene ulteriormente, e di fermare una volta con precisione il punto scientifico della presente dottrina (1).

Le lesioni corporali, o meglio le perturbazioni della salute (2), sono inevitabili conseguenze del vicendevole strofinio degli uomini: derivano da vendetta, da malvagità, e da rozzezza, e debbono riguardarsi come una reliquia dell'età di ferro. Ma niun legislatore giugnerà ad allontanarle del tutto; perchè appartengono a quella classe di delitti, che per lo più si commettono nella effervescenza del momento, nella quale l'uomo non pensa più ad alcuna regola di condotta, ed ascolta solamente la voce della propria passione. Non è riuscito di estirpare il duello (3) neppure con la minaccia della pena di morte. Or che altro, è una baruffa, o un combattimento di pugni, se non che un duello delle classi umili? Che altro si propongono i giovanastri campagnuoli, quando si azzuffano e si percuotono, se non che di cercar soddisfazione di offese ricevute, come i gentiluomini, gli uffiziali, e gli studenti la cercano con la spada, o col fioretto? Se si dà a questi campioni il consiglio di mettere un termine alla loro contesa mediante la pacifica via del diritto, rispondono, che la giustizia ha più troppo lenti per accorrere contro un assalto, che com-

promette l'onore, e che un detto ed un gesto preso in mala parte è cosa di troppo poca importanza, perchè un giudice vi trovi il fondamento di una querela. Quindi, fintantochè si confida nelle proprie forze, si preferisce di farsi ragione da sè.

Poichè il delitto di lesione corporale suol esser provocato da motivi così eccitanti, risulta di per sè, che d'ordinario si commette nell'impeto degli affetti, e che è rarissimo il caso, in cui l'agente abbia l'avvertenza di misurare fino a qual punto si possa estender l'effetto dei suoi colpi (4). Quando si volesse ammettere il tentativo di un omicidio premeditato (5), bisognerebbe dare questo carattere alla maggior parte dei ferimenti: nei quali si presenta così di rado, come nell'uccisione d'impeto, un'intenzione determinatamente diretta contro la vita. L'agente mirerà per lo più a cagionare un palimento corporeo (6) all'avversario, a colpirlo, a sfregiarlo. Nell'omicidio precipitato si ammette un'aggressione diretta a privar della vita, perchè il successo del colpo, o dell'urto, dimostra, che fu usata una violenza, che la sana ragione potea prevedere come probabile causa di morte. L'omicidio precipitato merita dunque di essere appellato un delitto di eccezione. Uno si contenta di riconoscere obiettivamente le conseguenze d'un ingiusto intraprendimento, ed ommette non cada dubbio sull'aggressione intenzionale dell'integrità di una persona si deduce, senza badare ad altro, la volontà almeno indiretta di uccidere. Così l'omicidio doloso d'impeto si combina sovente col colposo. Non si potrà in fatti negare, che, secondo la teoria adesso dominante, un'uccisione, che nasce inopinatamente da un ferimento intenzionale (7), non è punita

(1) Conf. Mittermaier Elem. di Feuerbach ediz. 13. §. 244. 245 Waechter ne suoi elementi di dir. pen. par. II. p. 181. dice, che ancora ci manca una buona monografia sopra i delitti contro la salute.

(2) Perturbazione della salute è l'espressione più larga e più conveniente, mentre la parola lesione presuppone un laceramento o una traccia localmente riconoscibile di fatta violenza, e la parola danneggiamento presuppone un pregiudizio, che rimane almeno temporariamente, e tutto ciò non si richiede di necessità per l'essenza di fatto del delitto, di cui è parola, come sarà mostrato più sotto. Elem. di dir. crim. 2.<sup>a</sup> ediz. §. 128. nota 11. ed Abegg Elem. di dir. pen. §. 236. — Bauer Elem. di dir. pen. 2.<sup>a</sup> ediz. §. 187. preferisce l'espressione lesione della salute: ma la sua definizione è poi favorevole alla nostra idea; perchè egli dice, che la lesione della salute in ogni azione ingiusta, che perturba il ben essere altrui.

(3) Mittermaier nel nuovo archivio di dir. crim. 1835. num. 16.

(4) Weber, nelle sue istituzioni d'antropologia psicologica (Göttinga 1829), dice: « Nel-  
e lo stato d'affetto i sensi sono sovente così  
e turbati, che più non si vede, nè si ode bene.  
e La facoltà di avvertire e di riflettere è tanto  
e scompigliata, che più non si sa, che cosa  
e uno vuole e si propone ».

(5) Conf. Abegg Elem. p. 156. 332. I casi degli art. 134. e 136. della Carolina non si possono riferire a questo capo.

(6) Perciò i danneggiamenti della salute furono nel diritto romano posti sotto l'idea dell'ingiuria. Gellius Noet. att. XVI. 10. XX. 1. Gajus Comment. III. §. 223. Waechter Elem. p. 182 — 184.

(7) Solamente in quanto sia mancata anche l'intenzione di ferire può essere approvata l'opinione di Jorcke (Instituz. di dir. pen. t. III.

meno di quell'omicidio, che è stato effettivamente risoluto ed eseguito nell'impeto dell'affetto. È al delinquente, che si vuol disculpare con un grado d'intenzione più basso, si replica, che debb'esser trattato come un omicida, perchè ha voluto offeudere l'aggreddito, e lo ha realmente offeso, e che, siccome l'intensità della violenza dipendeva onninamente dal suo potere, egli dee rispondere di tutto quello, che ha fatto, come se lo avesse preveduto e voluto (1). Ma, fin tanto che non si arrivi a provare formalmente, che l'incolpato ha preso di mira e raggiunto precisamente il successo della morte, e non quello del semplice ferimento, questa massima è una grande anomalia, ed una finzione giuridica indegna del diritto penale.

Con questa maniera di considerare il delitto di omicidio precipitato si spiega un fatto, che tutti i pratici non potranno a meno di confermare. Quando si delibera sulla giusta misura della pena in que' casi, in cui l'intenzione d'uccidere non apparisce con positiva chiarezza, i giudici provano d'ordinario un certo imbarazzo. Essi rifuggono dall'applicare la intera pena: eppure non trovano agevolmente un mezzo termine per abbassare il grado, luttuoso ne riconoscano, o almeno ne sentano la convenienza, attesa l'incertezza dell'*animus occidendi*. Se fosse una volta fermato, che i fatti si dovessero discernere secondo la direzione della volontà, si verrebbe tosto a stabilire la retta misura penale, e la lesione corporale intenzionale si combinerebbe con l'omicidio colposo. Si presenterebbe allora quella specie di fallo volontario, che altra volta ebbe il nome di *culpa dolo determinata*, e dai moderni si chiama più esattamente una concorrenza di delitto doloso e colposo intrecciatasi fra di loro (2), e che, quando nella sentenza non si volesse riguardare alla lesione corporale, dovrebbe qualificarsi e punirsi per uccisione prodotta da trascuranza. La trascuranza in fatti consiste nell'operare in balia d'un affetto, nel-

l'abbandonarsi blasimevolmente ad uno stato, in cui non è più possibile conservare la signoria di sè stesso, nè misurare il grado della violenza (3).

Per questa considerazione il delitto di lesione del corpo, o della salute, è riposto in quella importanza, che gli conviene. Esso contiene sempre un pericolo, almeno remoto, per la vita umana (4). D'ordinario l'intenzione è diretta affatto indeterminatamente a cagionare all'avversario un dispiacere, od anche un dolor corporale: ma come riuscirà questo dispiacere, o dolore, l'offensore lo prevedrà forse una volta in mille, nè può fare altrimenti. Imperocchè non si richiede meno di un pieno possesso della scienza anatomica, fisiologica, e chirurgica, per valutare esattamente l'effetto, che può avere, ed avrà un colpo, od un urto sopra un corpo umano: ed anche un uomo, che possedesse ampiamente tutte queste cognizioni (5), non sarebbe intieramente sicuro, perchè l'effetto del reato non solo dipende dall'assaliore, ma ancora dall'assalto. Il colpo in fatti non è dato ad un oggetto meramente passivo, ma ad un oggetto capace di movimento, e di difesa: ad un uomo, che non si lascia pazientemente bistrattare, ma che schiva, o ritorce l'ingiuria. Da ciò nasce il combattimento, l'opposizione della forza alla forza, l'azzuffarsi, il tirarsi di qua e di là, il gittarsi a terra, il rizzarsi, e il superchiarsi. Sebbene colai, che si è proposto di ferire, si fosse precedentemente esercitato con la massima cura sopra un fantoccio, od un uomo di paglia, onde credesse di non colpire, che nel luogo predestinato, e non più pericolosamente di quel che gli detta il suo sentimento vendicativo; pure l'eccitamento, che nasce nel momento dell'esecuzione, e la resistenza dell'individuo sorpreso, può dare al fatto una riuscita affatto diversa, vale a dire o mandarlo a vuoto, o produrre un tristo successo inaspettato.

Se si pigliano a contemplare tutte queste eventualità, non si può fare a meno di rivolgere teoricamente, legislativamente, e praticamente, al delitto di lesione corporale quella stessa attenzione,

p. 339), che avendo luogo la morte, non si debba ammettere omicidio precipitato in senso tecnico.

(1) Carpov, *Pract. rer. crim.* qu. 1. num. 62. stabilisce la massima: *et officinatus est penna gladii non solum ille, qui animo occidendi aliquem interfecit, sed et is, qui doloso ac pravo animo percussit gladio, nolens ipsum occidere, si mors subsecuta fuerit*.

(2) Feuerbach *Elem.* §. 60. ed ivi Mittermaier nota I. nella 13. ediz.

VOL. II.

(3) Stelzer della volontà, p. 86.

(4) Sovente esiste quella direzione della volontà, che dai codici moderni si chiama dolo indeterminato. Cod. crim. di Sassonia art. 31. di Brunswick §. 28. di Asia Darmstadt §. 60.

(5) Neppure il chirurgo, nelle cui mani si pone volontariamente il malato, può assicurare la buona riuscita di ogni operazione.

che si dee prestare alle violazioni dell'onore, per prevenire le vie di fatto, che ne procedono. Non si è certamente esagerato, quando si è detto, che scemerebbero della metà i ferimenti, ed in una proporzione anche maggiore gli omicidj se si potesse trovare il mezzo di dar soddisfazione giuridica alle ingiurie in modo speditissimo (1). Imperocchè quei delitti, com'è stato di già notato da altri, consistono quasi tutti in ragioni fattesi di propria autorità, per causa di sofferte ingiurie: onde non è forse prudente, che il giudizio definitivo di tutte le perturbazioni della salute appartenga piuttosto alla giustizia ordinaria, che alla polizia, com'è avvenuto finqui quasi da per tutto (2). I magistrati di polizia dovrebbero essere investiti di una maggior competenza, appunto perchè sono in grado di determinare con sollecitudine ed energia le conseguenze legali, mentre nelle corti di giustizia sono quasi inevitabili le lunghezze.

Qui non ci fermeremo a cercare, se meriti approvazione la massima di non procedere ordinariamente d'ufficio contro le lesioni corporali, ma solamente a quella di parte. Nuteremo bensì di passaggio, che ciò non sembra corrispondere al carattere di avviamento alle uccisioni, che si presenta in questo delitto; perocchè lo Stato, ognorachè si trova in pericolo la vita de' cittadini, non deve aspettare, che l'offeso provochi da sè stesso la pubblica protezione (3). Dal che si vede, che i soli casi leggerissimi dovrebbero rilasciarsi alla privata querela.

Sembra adesso necessario analizzar gli elementi dell'essenza di fatto, intorno alla quale non è stata sempre usata la debita diligenza (4).

(1) Pe' processi civili sommarj molte leggi moderne prescrivono brevissimi termini tanto alle parti, quanto ai giudici. In simil guisa si potrebbe procurare la sollecita definizione delle cause d'ingiurie. Neubert Instituz. di procedura in materia di ingiurie (Lipsia 1834) §. 7.

(2) Conf. Cod. pen. di Württemberg art. 261. 267., Brunswick §. 160 161., di Sassonia §. 134. 138.

(3) La giustizia criminale vien sempre a risentire un gran pregiudizio, quandola perturbazione della salute è asseguita dalla morte, o l'offeso, che forse poteva fare importanti deposizioni, non è stato esaminato.

(4) Quanto sieno difformi in questo proposito le leggi moderne, si può rilevare chiaramente dalla rivista di Mittermaier nella 13.ª ediz. degli elem. di Feuerbach, nota f. al

In ogni danneggiamento della salute si ricerca:

1) se il ben essere corporeo di un uomo sia stato perturbato da un atto violento:

2) fino a qual grado sia avvenuta questa perturbazione:

3) se la medesima è guarita, e se n'è rimasto alcun pregiudizio:

4) con quali mezzi, o stromenti è stata arrecata la perturbazione:

5) se, oltre il fatto, vi abbiano contribuito altre ragioni.

Le prime tre quistioni appartengono essenzialmente alla medicina legale. Siccome per altro gl'inquirenti ed i giudici criminali sono responsabili della pienezza della inquisizione, così fa di mestieri, che essi non si contentino di una qualunque risposta ad ogni quistione, ma che prendano ad esaminare, se il parere è fondato su di basi esatte; e se ne suppellettili corrisponde, o no, alle regole della scienza (5). In ciò d'ordinario si manca nella pratica. Le decisioni de' medici si sogliono sovente ammettere, come oracoli, e per questo motivo si pronunziano talora ingiuste sentenze. I medici in fatti sono raramente liberi da un certo sentimento di scambievole gelosia. Quando il ferito non è stato curato dal medico fiscale, questi sottopone volentieri il trattamento curativo ad una critica severa, si compiace di mostrare un errore nella diagnosi, o nella cura: e così una lesione grave apparisce leggiera, o viceversa una lesione leggiera apparisce grave, e viene artificialmente alterata la base della essenza di fatto. Che se all'incontro il ferito è stato curato dal medico fiscale, questi si studia, com'è naturale, di occultare nel suo referto finale gli sbagli, in cui gli è avvenuto d'incorrere, senza darsi pensiero della pena più grave, che per suo motivo può cadere sull'incolpato.

Quanto più dunque nel menzionato delitto bisogna rimettersi nelle mani de' medici, tanto più i giudici debbono sottoporre le dichiarazioni di quelli ad una critica diligente, e segnatamente richiamarli a rispondere chiaramente e distin-

§. 246. V. anche Heffter Elem. di dir. crim. 2.ª ediz. p. 609.

(5) Henke nelle sue istituzioni di dir. crim. t. IV. p. 444. dice: « Non solo al giudice inquirente, ma ancora al tribunale decidente si appartiene di esaminare, se il parere presentato somministra una base abbastanza sicura alla risoluzione giuridica ». V. ancora Mittermaier dottrina della prova §. 30.

tamente ad ogni relativa quistione. In uno studente di medicina può non esser disapprovato, che di nebulose espressioni e di un ammasso di vocaboli tecnici ricopra il suo parere su di qualche ricerca difficile, per velare con le apparenze della dottrina l'incertezza del giudizio: ma questa renitenza a chiamar la cosa col vero suo nome dee tanto più eccitar l'inquirente ad esigere una risposta precisa. E quando il motivo dell'oscurità sta nei dubbj insolubili, ond'è avviluppata la cosa, i periti si possono risolvere a confessare candidamente l'insufficienza dell'arte loro: nel qual caso, o si può prender consiglio da altri, o giudizialmente pronunziare, che rispetto all'essenza di fatto non si è raccolta la piena prova. Nuno per altro si dia a credere, che talora si presentino delle indagini forensi, il cui risultato non possa riuscir comprensibile a chi non è medico; perocchè i medici, a cui ricorre il tribunale, sono in virtù del loro ufficio obbligati a distendere le loro informazioni in maniera, che ogni giudice instruito lo possa intendere (1), e debbono rammentarsi, che non parlano ad un loro eguale, ma a persona generalmente straniera agli studj dell'arte salutare.

Rispetto poi a ciascheduna delle cinque quistioni enumerate di sopra faremo le osservazioni seguenti.

1. Il danneggiamento della salute nel senso del criminale diritto è necessariamente diverso dal medico-chirurgico. Vengono sotto questo nome solamente le lesioni di qualche importanza, cioè le gravi. Ogni giorno, o l'uno, o l'altro esce macchiato di sangue dalle molte osterie d'una città popolata: ma d'ordinario non si trova in simili casi che l'essenza di fatto d'un'ingiuria reale, o d'una trasgressione di polizia. Se si dovesse sempre procedere in via ordinaria per tali avvenimenti, le cause criminali sarebbero interminabili. La pratica forense, e modernamente anche la legislazione, hanno perciò tentato di stabilir delle regole per trovare i limiti, che separano l'ingiuria, trasgressione di polizia, dal danneggiamento della salute, delitto criminale. Della qual distinzione si aveva tanto maggior bisogno, in quanto che, secondo il diritto romano, tutti i casi, che non cadevano sotto l'idea di un altro delitto, come di avvelenamento, o di violenza, erano rilasciati in virtù della *Lex Aquilia* (2) alla privata querela, e

il diritto germanico non trovò bene d'introdurre il *crimen vis* come delitto generale (3):

Gli antichi criminalisti cominciarono ad assicurare al delitto di lesione corporale un posto nel sistema del diritto criminale, ponendo incidentalmente la *violatio corporis* (4) fra gli attentati contro la vita umana, purchè l'offesa avesse lasciato ferite visibili.

A poco a poco si riconobbe, che per esser conseguenti facea d'uopo tener conto ancora delle perturbazioni interne dell'organizzazione e della normalità, cosicchè adesso è generalmente designato il delitto col nome di danneggiamento, o di lesione della salute, sotto il quale per altro si comprendono, come si è detto, i casi di qualche gravità.

Ma qui si solleva la difficoltà di determinare esattamente, quali sieno i danneggiamenti da considerarsi per gravi. Se si volesse star solamente all'applicazione del soccorsi medici, la base dell'essenza di fatto sarebbe riposta nell'arbitrio dell'offeso, e sarebbe lo stesso che prender regola solamente dalle deposizioni giurate di lui intorno alle lesioni avvenute. Ogni piccola ammaccatura, o scorticatura può riuscire tanto sensibile a qualche temperamento, che venga reputata necessaria l'assistenza d'un chirurgo, per ottenere una pronta e facile guarigione: e quando si volesse domandare a questo, se la sua cooperazione fu indispensabile, egli si guarderebbe bene dal chiamarla superflua. La quistione dunque non può esser decisa dal caso della chiamata, o non chiamata del medico. Non conviene nemmeno prendere a misura del pericolo una certa durata della malattia, come ha fatto il codice penale francese nell'art. 309. Venti giorni sonolvi stabiliti come *tempus criticum* (5). Un uomo di forte coraggio, ancorchè sia stato ferito con qualche gravità, può ritornare, contenendosi opportunamente, alle sue abituali occupazioni dentro questo tempo; mentre un altro più legger-

(1) L. 3. §. 3. L. 6. L. 7. pr. L. 13. pr. D. ad L. Aquil. L. 3. D. Si quadrupes. L. 7. D. de his qui effod.

(2) V. Zöpfl l'antico diritto di Bamberga p. 110.

(3) Carpov. *Pract. ter. crim.* qu. 99. Meister *Principia jur. crim.* §. 131. Hoch *Instit. jur. crim.* §. 421. V. anche Mazzoli *dir. crim. germ.* p. 319.

(5) Sopra i molteplici inconvenienti, che produce questa legge, V. Mittermaier nella 13. ediz. degli elem. di Feuerbach p. 360.

(1) Conf. Bauer *trattati di dir. pen.* t. II. num. VII.

mente ferito può esser ritenuto, per la sua sensibilità ed apprensione, più di venti giorni nel letto. Dipende in generale dalla stagione, dallo stato della temperatura atmosferica, dalla cura, dal nutrimento, dalla disposizione dell'animo, che un uomo guarisca più presto, o più tardi. Ma chi volesse far conto di tutte queste casualità nell'imputazione, commetterebbe ingiustizia, come colui che si ponesse in mente di punire l'omicidio la madre, perchè il fulmine ha percosso il bambino, che ella avea posto davanti all'uscio di casa.

Secondo le condizioni attuali della scienza si dovrebbe stabilire, che la perturbazione della salute è grave, ognorachè produce il pericolo della vita, o tali effetti nello stato generale della macchina, o nelle singole parti di essa, che l'offeso rimanga impedito, se non per sempre, almeno per lungo tempo nelle sue funzioni corporali, od impossibilitato a condurre il consueto suo genere di vita. Le ferite, che penetrano nella cavità della testa, che hanno per conseguenza febbri, suppurazioni, e simili, e che non possono guarire per semplice virtù di natura senza lasciare cicatrici deturpanti, si debbono dunque sempre computare in questo numero, specialmente se sono in vicinanza di organi importanti, od è stato lacerato un vaso principale. Come di lungo tempo vuoisi poi considerare quella malattia, che dura al di là di otto giorni (1).

Il pericolo della vita si trova in quel grado di danneggiamento corporale, in conseguenza del quale, secondo l'ordinaria esperienza, può aver luogo la morte dell'offeso. Se alla voce *può* si volesse sostituire *dece*, la caratteristica dipenderebbe dalla chiamata di un medico, la quale è da tenersi nel conto di una casualità. Il pericolo della vita non esiste solamente quando la morte fu allontanata da una cura energica: ed un individuo pericolosamente ferito può ristabilirsi ancora senza soccorsi medici, col rimettersi nelle mani della Provvidenza. Il pericolo contiene un timore fondato di un sinistro successo avvenire. Il caso può avere una felice riuscita: ma, se si ripresenta, il pericolo è fondato egualmente. Soltanto allorchè l'offeso sdegna i soccorsi del-

l'arte salutare, dei quali si sarebbe potuto agevolmente valere, e così contribuisce se stesso a peggiorare il suo stato, si può desumer da ciò una circostanza attenuante per l'autore del fatto (2).

Lo stesso si dica del pregiudizio permanente di una lesione, il quale può venire in esame, avvaloriguardo, o no, all' trattamento chirurgico: ma di ciò faremo parola tra poco sotto num. III.

Una conseguenza, che non di rado deriva dalle persone, dagli urti, dai contorcimenti, dagli atterramenti, e simili, è la concussione del corpo (3): la quale, anche senza mostrare la menoma traccia esterna, può essere tanto violenta, da far nascere il pericolo della vita. È questa una specie di danneggiamento, alla quale i tribunali criminali non rivolgono l'ordinario la debita attenzione, perchè non possono esser loro ludicali distinti caratteri dell'essenza di fatto (4). L'effetto consiste per lo più nell'eccitamento prepotente del sistema nervoso, ed ha luogo segnatamente per la commozione del cervello, della midolla spinale, e del plesso epigastrico (5). Quei giureconsulti, che nulla sanno della meravigliosa sensibilità di questi organi, e della loro alta importanza per la vitalità, suppongono quasi sempre in simili casi od una finzione, o la complicità di un'altra malattia, derivata da processo naturale, e rinviavano il fatto alla decisione de' magistrati di polizia. Il che specialmente avviene, quando si trascura di richiamare i medici fisici a prendere in esame il caso, ed a presenziare il loro parere. I bistrattati, siccome è noto, non ricercano il senti-

2 Prima si credeva con Feuerbach (Elem. §. 97.), che in tali circostanze l'essenza di fatto non fosse pienamente provata, e che perciò si dovesse recedere dalla pena ordinaria: ma questa opinione non è retta, perchè l'essenza di fatto, ognorachè si presenta, è sempre la prossima conseguenza dell'avvenimento. All'incontro il giudice, quando ha da applicare una legge penale relativamente indeterminata, dee certamente in simili casi arrostarsi al *minimum* Mittermaier nell'archivio di dir. crim. anno 1839. p. 161. e seg.

3) *Conmutiones, concussiones corporis*. Siebenhaar l. c. p. 34.

(4) Ciò si connette con l'infelice distinzione dell'essenza di fatto obiettiva. Quando non si presenta qualche cosa di obiettivamente riconoscibile, si crede di non dover parlare di delitto. Conf. Kitts sul modo di stabilire l'essenza di fatto, 2.ª ediz. (Vienna 1843) §. 2.

(5) Un colpo nello stomaco può uccidere nel momento senza lesione di sorta Meckel Elem. di med. leg. §. 130.

(1) Il meglio si è non fissare alcun termine nella legge penale, e considerar la durata della malattia, come una *questio facti*. Imperocchè taluno in un paio di giorni guarisce di quella medesima ferita, che fa stare un altro intero settimane nel letto. Siebenhaar Institut. enciclop. di medic. leg. t. II. p. 37.

mento de' medici, che raramente; perchè al comune degli uomini non cade facilmente in pensiero, che un danneggiamento, in cui non apparisce nulla di esterno, nè alcuna effusione di sangue, possa dichiararsi lesione corporale, o ferimento.

II. Le lesioni, considerate nel grado del danneggiamento, si distinguono a) in leggieri e gravi, b) in non pericolose e pericolose, c) in perfettamente ed imperfettamente sanabili. Le leggieri, cioè quelle che non arrecano alla salute pregiudizj di alcuna maniera, nè transitorj, nè durevoli, e che possono sempre guarire senza soccorso medico (1), non dovrebbero mai annoverarsi nella categoria de' reati criminali. Le lesioni gravi (2) formano il contrapposto delle precedenti, in quanto che presentano sempre, almeno pel momento, un aspetto dubbioso. Sono collegale, o no, col pericolo della vita, e si dividono inoltre in quelle, che guariscono senza lasciar pregiudizj permanenti, ed in quelle, che guariscono lasciando pregiudizj permanenti dietro di sé. L'essenza di fatto del delitto viene sostanzialmente espressa dalla qualificazione di un danneggiamento, che perturba la salute, e quindi nel linguaggio forense bisognerebbe non servirsi più dell'attributo grave. Questo predicato è necessario solamente pel medico legale, il quale designa con esso l'estensione delle conseguenze patologiche di un bistrattamento. Sorge all'incontro una circostanza, che accresce la pena, quando sopraggiunge la specialità obbiettiva del pericolo della vita, o del danneggiamento permanente. Ma i medici, ai quali si presta tanta fiducia in questo punto, non si possono d'ordinario adattare a servirsi delle espressioni convenienti (3). Essi per lo più ammetterebbero volentierissimo, quando fosse fattibile, la così detta categoria media, stabilita da Klose, cioè quella delle lesioni ambigue; perchè sentono bene, quanto sieno incerte simili

congetture, e quanto spesso egli non possono essere inaspettatamente convinti di errore da un improvviso rivolgimento della malattia.

Così non sono esattamente applicabili i caratteri distintivi della sanabilità (4), dell'incertezza, e della sicurezza (5).

La sanabilità può ben tornare a vantaggio dell'inculpato, ognorchè un gravemente ferito non si sottopose al trattamento curativo, e così peggiorò il proprio male: ma essa può essere assai raramente affermata a priori intorno a qualunque ferita, che venga affidata alle mani del medico, il quale può trovare un impedimento invincibile nelle condizioni individuali del malato. Anche la sicurezza dal pericolo, e da altre eventualità, si potrà raramente garantire dal medico; perchè può restare una conseguenza interna del ferimento, la quale si sviluppi a poco a poco, ed alla fine prorompa violentemente. Oltretutto gli ufficiali di sanità ed i medici con tali dichiarazioni entrano quasi inevitabilmente in cavillose delazioni, ed in amare discussioni, nelle quali scapita la cosa, e specialmente il ferito. Uno in fatti, che cercò di curar la lesione, e non potè arrivare a guarirla, la tiene per insanabile: ed un altro dice il contrario, e dà tutta la colpa, almeno indirettamente, all'incapacità del primocurante, ancorchè, tenendo altra via, non vi fosse stato per avventura da ottenere un risultato migliore. La sanabilità non è mal altro, che l'espressione di una verisimiglianza (6), della quale la giurisprudenza non si deve ingorrire, finlanchè è possibile ottenere qualche cosa di più, cioè la certezza: e questa si deduce dall'esito della malattia, cioè dalla guarigione, o dalla non guarigione. Appena occorre notare, che non debb'essere impedito di attribuirlo anche qui al medico curante gli sbagli manifesti.

Il meno possibile fa di mestieri lasciare ai medici il ripiego di dichiarare semplicemente dubbiosa una lesione; perchè così non mal data una base all'indagine. Quando lo stato dell'offesa fa temere la possibilità di un esito sinistro, si dovrebbe pensare, che il medico po-

(1) Fra queste si comprendono segnatamente le piccole, enfiagioni, lividure, escoriazioni, contusioni di sangue del naso, e simili. *Siebenhaar Instituz. di med. leg. t. II. p. 47.*

(2) V. particolarmente Herglotz. *Contribuzione al giudizio medico-legale delle lesioni gravi. Praga 1835.*

(3) Essi anzi si permettono volentieri d'indicare i risultati delle loro osservazioni anche rispetto al fatto criminale, e di parlare di lesione corporale semplice, o qualificata, di tentativo di omicidio, e simili: il che non si dovrebbe lasciar passare senza censura.

(4) *Zachias Quaest. medico-legal. lib. V. tit. 2. qu. 2. Bern. Suerus Tractat. de insipiat. vuln. lethal. et sanab. part. I. cap. 4.*

(5) *Mende Instituz. di med. leg. t. VI. p. 288.*

(6) Sul valore di una verisimiglianza, fornita dal periti, V. *Mittermeier, Dottrina della prova, p. 219.*

tesse dire senza difficoltà, che il danneggiamento è grave; perchè nella stessa necessità del trattamento curativo si contiene un male, che per lungo impedisce al paziente di ritornare al suo consueto genere di vita. Ma se il dubbio è piccolissimo, il medico dee dichiarare il caso come leggiero.

Le cose premesse ci conducono a ricercare, se sarebbe bene dispensare, medici dal far subito alla prima visita un determinato prognostico (1). Nei casi, che si ravvisano, tosto, e indubitabilmente, come leggerissimi, non v'è naturalmente bisogno di un termine, perchè il parere risulta di per sé, e non richiede più mature osservazioni: come esempli, grazie nelle omissioni di sangue dal naso, nelle scalfiture, nei tagli e nelle contusioni in quelle parti del corpo, che non appartengono alle più sensibili. Ogni qual volta per altro il danneggiamento rasenta la provincia della criminalità, non bisogna disapprovare i medici; se cercano di andar ritenuti nel loro parere.

Il bisogno di una sollecita dichiarazione intorno al grado della lesione è dimostrato dalle ragioni seguenti. a) La qualità, di cui si presenta la lesione all'occhio dei periti a prima vista, vuolsi considerare come l'immediato successo (2) del fatto (3). Essa in quel modo, in cui è allora riconosciuta, dee formare il fondamento dell'inquisizione. b) Il giudice inquirente può non sapere in generale, qual procedimento egli debba introdurre, nè quali provvedimenti prendere, finchè non sia precisamente soddisfatto a quella prima ricerca. Le primarie considerazioni son quelle, che si ottengono dalle affermazioni giurate dell'ufficio (4), dalle disposizioni dell'incolpato (5), e dal confronto dell'uno con

l'altro (6). Un ferimento pericoloso richiede operazioni spedite, e che, in vista della gravità della pena, sieno presi in tempo gli opportuni provvedimenti, affinché l'agente non si sottragga alla giustizia. Di più l'inquisizione dee stradersi in maniera, che, quando avesse luogo un caso di morte (7), gli esami del ferito sieno debitamente fatti e verificati (8), affinché non manchi alcuna solennità, se il delitto si trasformasse in capitale. c) La determinazione preliminare del grado della lesione è richiesta ancora perchè, siccome abbiain detto, i medici non possano arbitrariamente alla fine della cura, secondochè questa è riuscita loro bene, o male, far concisioni posticipate, e dare per grave una lesione originariamente leggiera, o per pericolosa una grave, ma debbono piuttosto giustificare come avvenisse una tal mutazione di cose.

Le ragioni, che si possono addurre in contrario, sono per avventura le seguenti: a) L'idea, che una lesione corporale non debba essere giudizialmente valutata subito dopo il fatto, ma solamente dopo l'acquistata certezza dell'intensità delle sue conseguenze, e così; che non debba essere esattamente caratterizzata dal medico legale prima che sia pervenuta ad uno stadio definitivo, è sostenuta da molti argomenti, e specialmente da quello, con cui si dice, che il corpo umano è organico, e che perciò le alterazioni prodotte su di esso non formano un avvenimento compiuto, finianchè la natura non le abbia superate, o non debba loro totalmente o parzialmente soggiacere (9). b) Si potrebbe dire, che l'energia, con la quale il giudice criminale, dietro le timorose relazioni de' medici, procede contro gl'incolpati, parla contro il parere immediato; perchè, facendosi fondamento su di questo, gl'incolpati medesimi dovrebbero troppo spesso espiare gli errori, e gli esagerati timori del perito, senza che potessero poi ricevere una soddisfazione qualunque.

(6) Von Jagemann l. c. t. I. §. 159. t. II. num. 131.

(7) Questa possibilità dee temersi in ogni lesione della testa, specialmente quando il percosso si lamenta di vertigini; avvegnanche si possa formare uno stravasamento nel cervello, che improvvisamente produce la paralisi.

(8) C. C. G. art. 25. §. 6.

(9) Il famoso medico Carus nel suo libro su Cothe (Lipsia 1813) p. 57. 58. sviluppa con straordinaria evidenza questa lotta del principio normale della vita.

(1) In pochi paesi si trovano disposizioni normali in proposito. Si vuol prender regola dalla pratica dominante, la quale, come è facile a supporre, risente sommamente l'influenza dei medici. — L'ordinanza crim. pruss. §. 140. 141. parla di un attestato della ferita, che nei casi leggeri può rilasciarsi anche da un solo chirurgo.

(2) Fort. *Fideis de relationibus medicorum* lib. IV. sect. II. cap. 1. 2. 3. Siebenhaar l. c. t. II. p. 44.

(3) Quando il tribunale acquista notizia del fatto qualche tempo dopo il medesimo, bisogna darsi cura di raccogliere dalle deposizioni de' testimoni lo stato originario della lesione.

(4) Von Jagemann *Institut. d'inquisit. for.* t. I. §. 472.

(5) Strübel *Processo crim.* t. III. §. 1538. a seg. Henke *Institut.* t. IV. p. 626.

Per non incorrere nel dispiacere, che una lesione dichiarata leggiera si manifesti importantissima nel suo esito, e che allora apparisca fondato il rimprovero della loro superficialità, i medici, ognorchè hanno il menomo dubbio, sogliono, nella loro immatura relazione, qualificare il male per più grave di quello che è: e quindi nascono gl' inconvenienti, che s'introducono molte inutili inquisizioni, e che le casse criminali si aggravano di spese, e i sudditi di persecuzioni, senz'altro profitto, che di rinviare gli affari ai magistrati di polizia.

Queste ragioni pro e contra si potrebbero nel modo il più semplice conciliare, quando 1) si osservasse la regola, che i medici legali al principio dell'inquisizione dicessero il proprio sentimento sul grado della lesione; purchè per altro 2), attesa la necessità di una più lunga osservazione nei casi difficili, non si rimanesse contenti di quel parere preliminare (1), il quale anzi 3) alla fine della cura dovesse esser supplito o corretto da un parere definitivo.

Postochè al parere preliminare sieno aggiunti dei dubbj e delle incertezze, l'inquirente vi troverà delle norme desiderabili per regolarsi, e così tratterà tanto più benignamente gl' incolpati, quanto è men certa l'essenza di fatto di una grave lesione. La prudenza per altro gl' impone sempre di raccogliere subito le deposizioni giurate del danneggiato, affinchè, se mai il suo stato andasse inopinatamente a peggiorare, sia già in processo quanto si richiede per porre in essere la prova, ed il malato non debba essere anteriormente molestato dagli atti giudiziali.

Le lesioni del capo (2), come risulta dalle cose dette, non possono mai dichiararsi leggieri. Imperocchè l'esperienza insegna, che ivi anche i colpi apparentemente più insignificanti sono susseguiti da interni accidenti, che possono produrre ostinate malattie, ed anche la morte. Concussioni cerebrali, stravasi, crepitu-

(1) Questo è il risultato della così detta diagnostica, cioè dell'arte di riconoscere subito uno stato morboso da' suoi contrassegni esterni. Siebenhaar l. c. t. I. p. 298. La relazione, e rispettivamente il protocollo della prima ispezione oculare, si chiamava per li tinnanzi *vizum repertum medicum*. V. Meckel Elem. di med. leg. §. 39.

(2) V. il giornale Henke per la medicina pubblica, e i trattati di Klein, Pfeufer, Schleiss, Hohmann, Schneider, Eichheimer, Wiegand, Steegmann ec.

re d'ossa, suppurazioni, sono spesso le conseguenze di colpi e di urti, che lasciano appena traccia esteriore. In tali circostanze sarebbe un esiger cosa impossibile, se si volesse, che i medici dessero subito un parere definitivo. Ancorchè essi lo facciano, un giudizio inquisitorie non riposerà sulla dichiarazione, che la lesione sia assolutamente leggiera, ma regolerà i suoi passi in maniera, che sieno sufficienti in qualunque caso anche per una inquisizione criminale, o, quando abbia rinviato l'affare alla polizia (3), non trascurerà di raccomandare osservazioni ulteriori sulla persona biestrattata, affinchè, quando si presentino nuovi fenomeni, che dimostrino grave l'offesa, venga ritornato per la risoluzione al tribunal criminale.

Lo sciogliere i medici dall'obbligo di un parere definitivo in principio, è cosa, che apporta grande utilità anche alle persone offese; perchè in tal modo rende possibile il procurare la necessaria assistenza alle povere genti, la quale debb'esser pagata dalla cassa pubblica, ogni qual volta non sia condannato nelle spese veruno (4). Ed appunto nei casi dubbj, i quali, una volta che sieno definitivamente dichiarati leggieri, non si debbono più curare per debito d'ufficio dal medico, una persona, che non sia amorevolmente custodita da alcuno, può, ritornando troppo presto a faticosi lavori, e trascurando le più semplici regole dietetiche, danneggiarsi per modo, da risentire più seriamente le conseguenze di una lesione indifferente, che di una lesione molto più grave trattata con una cura perseverante.

III. Per concludere l'essenza di fatto bisogna pur ricercare, se il danneggiamento si è dissipato affatto mediante la cura, o se è rimasto all'offeso un pregiudizio permanente.

Nella maggior parte dei casi il fatto, che appartiene a questa ricerca, si pone in essere con grandissima semplicità, se il ferimento anche gravissimo è guarito col debito trattamento in poche settimane, e l'offeso è ritornato alle sue occupazioni ordinarie. Ma se uno si attiene ri-

(3) Mayer, il processo crim. de' magistrati amministrativi e specialmente di polizia in Württemberg (Ulma 142) §. 65.

(4) Che ciò non debba dar luogo a favorire alcun abuso, risulta di per sé. Ed in tutti gli Stati sono revisori periti, obbligati a ridurre le spese per le visite mediche palesemente non necessarie. Mittermaier proc. crim. par. II. §. 197.

gorosamente alla guarigione perfetta, si frappone talora tanto indugio alla definizione della causa, che l'Inquisizione può rimaner sospesa degli anni (1). Si sa, che una lesione molte volte cagiona suppurazioni, che minacciano di andar crescendo sempre più, le quali il medico non può arrestare senza pericolo di produrre altri mali. Perimento allorché sopravvengono ostinate emottisi, o nevragie, od acuti dolori di testa, in sequela d'una violenta commozione, lo stato del paziente desta sovente apprensione per lungo tempo. In tali casi non si dee pretendere dai medici, che dopo un certo termine (2) dichiarino, se la guarigione possa considerarsi come perfetta, oppure come immanicabile; chè altrimenti si urterebbe nel medesimo scoglio, che fu censurato di sopra, criticando la distinzione fra le lesioni sanabili ed insanabili in generale. Se il danneggiamento è pericoloso alla vita, e si trova perciò necessario di assennarsi della persona dell'Incolpato, recludendola sino a ricognizione definitiva, la lunga incertezza diviene doppiamente penosa; perocchè è cosa gravissima il privare della libertà per un tempo indeterminato l'agente congenituro, dopo che l'Inquisizione è terminata in tutti gli altri punti (3), stantochè si dimostri, se l'offeso sia di così forte natura, da superare il male arrecatogli. In simili circostanze sarebbe prudentiale, e corrispondente al principio della giustizia il domandare straordinariamente ai medici, se sia più verisimile (4), che il malato si ristabilisca, o soccomba, e nel primo caso rimettere in libertà l'arrestato.

Non merita approvazione la pratica di

(1) Editto crim. Baden del 1803. §. 71. — Mittermaier (Dir. pen. par. II. p. 70) e d'altro avviso; ma sembra, che egli non consideri, che la condizione dell'Incolpato è anche più penosa, quando è subito giudicato della lesione corporale, e poi vive nell'apprensione di dover soggiacere, quando accada successivamente la morte, ad una sentenza più dolorosa.

(2) Anticamente si prendeva, dietro il Fajucio, un termine di 40 giorni, il quale era manifestamente arbitrario.

(3) Kitko l. c. p. 58. 59. crede, che la prova dell'essenza di fatto si esaurisca col poter lo essere la lesione; ma questo è un errore; perchè non la lesione per sé, ma l'effetto di essa determina la penalità del fatto.

(4) Nuovo archivio di dir. crim. t. IV. p. 231. — Bizzarra è certamente l'idea di Stelzer, che si debba richiamare il medico a determinare il numero de' giorni critici, dentro i quali s'abbia a decidere il destino del malato.

quel tribunali (5), che nel caso di lunghe malattie pronunziano una decisione arbitraria, giudicando secondo lo stato degli atti. I medici non dovrebbero propriamente rilasciare un parere definitivo, stantochè la cura, che hanno intrapresa, non sia pienamente terminata, e non se ne possa esprimere un risultato sicuro: ma pure vi si lasciano indurre, quando ne sono ripetutamente richiesti. Allora o tali pareri sono concepiti in termini affatto insufficienti, e dichiarano grave, o senza pericolo il danneggiamento per lo stato presente, o, se sono decisivi, dicono generalmente più che non dovrebbero, a cagion del timore di un successivo peggioramento. Nel primo caso adunque un parere incerto, nel secondo un parere precipitato servirà di base alla sentenza del giudice, e si cadrà sempre in errori, contro dei quali non si può mai predicare abbastanza. La durata straordinariamente lunga dell'Inquisizione non dee persuadere giammai degli atti di giustizia eccezionale, che equivalgono al taglio del nodo gordiano. Ancorchè una malattia, riconosciuta come sequela di sofferta violenza (6), faccia oscillare per lungo tempo fra la speranza e il timore, bisogna, che il giudice criminale non perda mai la pazienza. Stantochè lo stato della malattia si mantiene ondeggiante, conviene astenersi da qualunque giudizio; perchè può accadere, che, aggravandosi il morbo, o sopravvenendo la morte, si debba pronunziare una più severa sentenza.

Se un ferimento, che fu sentenziato come leggiero, si possa, quando poscia divenga pericoloso, o lasci un pregiudizio permanente, riprendere in esame e decidere con un nuovo giudizio, è una questione, alla quale molti pratici rispondono affermativamente, ma che merita una replica negativa. Imperocchè la riassunzione non ha luogo che quando si presenta l'essenza di fatto di un delitto non ancora deciso, e non già quando di un delitto, il cui accusato fu già dichiarato colpevole od incolpevole, presenta una nuova circostanza, ossia una modalità, che da prima rimase ignorata. Nel secondo caso in fatti dal rimprovero di trascuranza è colpita la giustizia medesima, che fondò il proprio giudizio sopra una base imperfetta.

Se all'incontro fu pronunziata, ed anche eseguita una sentenza in causa di

(5) V. Mittermaier, processo crim. par. II. p. 71. nota 8.

(6) V. Siebenhaar l. c. t. II. p. 290. e 502.

lesione corporale, ciò non impedisce di riassumere il giudizio, quando in seguito abbia luogo la morte dell'offeso. Imperocchè allora non si tratta più di sup-  
plire all'essenza di fatto anteriore, ma si presenta un delitto affatto nuovo di omicidio (1), che non dee rimanere impunito, per la ragione che è stato già deciso un reato più leggero, collegato con esso. L'unico riguardo da averci in tal caso, dovrebbe consistere nel detrarre dalla pena applicabile il castigo già sofferto pel capo del ferimento.

Queste osservazioni confermano quanto abbiamo detto di sopra, vale a dire, che bisogna andar lealmente nel giudicare un grave danneggiamento della salute, fintantochè l'offeso non sia stato lasciato dai medici come pienamente guarito, o come affetto da un pregiudizio, che non si possa più rimuovere, o fintantochè non abbia incontrato la morte. Imperocchè il tribunale si espone sempre al pubblico disprezzo, quando è costretto a confessare, che ha giudicato con precipitazione.

È una questione molto dibattuta quella, con cui si ricerca, che cosa si debba includere per danno permanente (2). Quando si vuol distinguere un danno perpetuo da uno transitorio, si rientra nella disputa, tentata di sopra, intorno al momento del parere definitivo. Permettendo ai medici di qualificare di transitorio un pregiudizio, si aprirebbe la porta a quelle ambiguità, che hanno in questo punto anche troppi amici. Si danno certamente molte lesioni, nelle quali non si può negare una remota possibilità di veder dissipato il pericolo di qualunque disfiguramento. In un occhio offeso si potrà debolmente sperare, che riacquisti la virtù visiva. Ad un occhio assordito in conseguenza di un colpo potrà forse ritornare l'udito, mediante l'influenza dell'aria, del nutrimento, dell'occupazione ec. In tutti questi casi sarebbe comodissimo dichiarare, che esi-

ste un pregiudizio transitorio, cioè possibilmente capace di dissiparsi col tempo. Ma ciò condurrebbe a troppa condiscendenza verso i malfattori, per non volere aspettare quello stadio della cura, il quale permetta un parere assolutamente determinato.

Quindi non si dovrebbe ammettere dai tribunali altra categoria, che quella del danno permanente. Ma i pregiudizi permanenti non possono poi ricever norma da regole, che sieno in ogni caso applicabili. La cosa dipende ancora dalla individualità (3), dalla costituzione, e dallo stato dell'offeso.

La perdita di un membro qualunque, sia un occhio, un braccio, un piede, o anche un dito, è da considerarsi assolutamente come un danno permanente. Vi si dee computare anche la perdita di un dente sano (4). Simili parti del corpo sono in fatti necessarie ad esercitare senza impedimento tutte le funzioni.

All'incontro una leggiera cicatrice nella faccia non potrebbe nelle condizioni comuni della vita considerarsi come un disfiguramento nel senso medico-legale: mentre quelle persone, che debbano fare la loro fortuna principalmente con la regolarità della figura e dei lineamenti, come sono gl'istrioni e i ballerini, soffrono per tali sfreggi un pregiudizio reale. Un difetto che rimanga ne' piedi, il quale impedisca di camminare a passo accelerato, sarebbe un *damnum permanent*, se l'offeso fosse un soldato, od un messaggiero, ma non già se conducesse una vita sedentaria. Un piccolo guasto nella mobilità di un dito si dovrebbe reputare importante, se colpisse un sonatore, che dovesse procurarsi da vivere con l'agilità delle dita (5).

Per lo che è molto razionale in questo rispetto la partizione dei danni permanenti in *indeterminati* e *determinati* (6):

(3) Meekel, Elem. di med. leg. §. 61. Henke, Elem. di med. leg. §. 431 — 438.

(4) Ciò si dovrebbe specialmente dire di un dente incisivo.

(5) Fa d'uopo notare, che gli offesi esagerano volentieri le conseguenze del bistrattamento; onde ne' casi dubbiosi il giudice non si dee contentare, che i medici rispondano con semplici presunzioni alla quistione del danno permanente, ma fa d'uopo che richieda da essi una più lunga osservazione nell'esercizio delle loro funzioni sulla quale solamente si può costruire un parere ben fondato. Conf. Siebenhaar I. e. t. II. p. 115. sulle malattie simulate, e p. 421. sulle lesioni apparenti.

(6) Siebenhaar I. e. t. II. p. 49.

(1) La cosa potrebbe esser diversa, se l'offeso, al tempo della esclusione degli atti relativi al ferimento, era già morto; perchè allora si potrebbe opporre a qualunque riassunzione, che il tribunale in quello stato di cose ricadrebbe solamente on ferimento, e non un omicidio. Ne sulla notizia posteriormente acquistata della morte si potrebbe fondare una nuova sentenza, in quanto che l'inculpato non dee soffrire per causa dei difetti dell'informazione. Zachariae J. Lin. e fondamentali del proc. crim. p. 290 — 295.

(2) Siebenhaar I. e. t. II. p. 49.

ed è sempre ufficio del magistrati inquirenti, come dei medici legali, l'investigare, se l'offeso sia stato particolarmente pregiudicato, a motivo del suo stato e della sua professione, dalla qualità della lesione. Perciò la competenza su tal questione di fatto non appartiene ai soli medici, ma ancora ai giudici, semprechè sappiamo in che consiste la perturbazione, e possano valutare le sue conseguenze sulle occupazioni consuete dell'offeso.

IV. Se poi si domanda, per quali mezzi o per qual lesione (1) è stata arrecata la perturbazione alla salute, il fisico e l'inquirente si debbono anche poi scambievolmente soccorrere; perchè la cosa non tanto dipende dal determinare, con quale strumento possa essere stato applicato il colpo, quanto in qual modo sia stato adoperato lo strumento medesimo. Solamente quando in questa materia si manchi di qualunque sciarimento conforme all'esigenze degli atti, si potrà entrare nella provincia delle verisimiglianze: nella quale spetterà unicamente al medico il dedurre dalla qualità delle lesioni una conclusione, che per lo più sarà molto generale.

Allo strumento adoperato si dee fare attenzione, perchè l'intenzion dell'agente ne riceve la più importante dichiarazione. Oramai certamente non si dovrebbe più affermare, che dall'uso di certi strumenti, come d'un arme da fuoco, d'un pugnale, e simili, si possa ricavare la presunzione, che sia stata presa di mira una lesione pernicioso alla vita (2). Per quanto non si voglia contrastare che un più alto grado di malvagità, d'indifferenza per le conseguenze dell'aggressione, e di risoluzione si ritrovi nell'uso di tali armi, ciò per altro non autorizza ad ammettere, che il successo avvenuto sia costantemente premeditato. Può accadere all'incontro, che un uomo, eccitato dalla passione, vegga nel momento medesimo, in cui si vuol vendicare, un fucile, e che precipitosamente lo spiani, e lo spari. Qui non si potrebbe certamente asserire, che il delinquente abbia scelto un tale strumento, appunto per-

chè voleva distruggere l'avversario con un sol colpo. Egli prese il fucile, perchè non gli battè alle mani un'altra arme, e perchè la disgrazia volle, che lo scorresse in così mal tempo. Si può ancora immaginare, che pigliasse la mira ad una parte del corpo, la quale non costituisca una condizione essenziale della vita. Ancorchè ne seguitasse la morte, si dovrebbe punire un dolo *eventuale* (3); e se la cosa è andata così a terminare in una semplice lesione, non si dovrebbe dedurre dalle circostanze un tentativo di omicidio, ma solamente riconoscere un danneggiamento della salute, aggravato dall'uso di un arme, che potea facilmente produrre la morte.

A questa limitazione si dovrebbe ridurre in pratica l'idea corrente di *armi mortali*. Esse possono produrre la morte più agevolmente di altre armi, ma per sè sole non provano l'intenzione di uccidere.

Il volere dalla qualità del mezzi adoperati concludere, che l'agente si proponesse un successo maggiore di quello avvenuto, sarebbe un errore contrario al principio fondamentale del diritto penale germanico (4). Se per esempio un assaltatore, che percosse con un palo da siepe, o con una leva di ferro sul capo dell'avversario, non fece che offenderlo leggermente, non avremmo il diritto di supporre, che egli, perchè il colpire una parte mobile del corpo con tali strumenti suol produrre effetti gravi, se non mortali, avesse la volontà di ferir gravemente (5). In questo fatto non è dato di ritrovare, che una lesione leggiera consumata, o il tentativo di una lesione grave. Il contemplarvi l'una e l'altra cosa insieme, sarebbe lo stesso che impugnare la verità incontrastabile, che chiunque si propone di cagionare ad un altro un patimento corporeo può avere una sola intenzione, o cioè indeterminata, diretta al danneggiamento, rispettivamente grave o leggiero. Nel primo caso l'essenza di fatto, quale sta dinanzi agli occhi, cioè quella di una lesione leggiera, formerà la base del giudizio: nel secondo questa lesione si dee considerare come un principio del successo preso di

(1) L. 1. §. 3. D. ad L. Corn. de sic. c. 18. in fine X. de homicid. Koch Instit. jur crim. §. 441.

(2) Questa opinione, come viceversa la teorica, che si debba ammettere semplicemente un omicidio fuori dell'intenzione, ognorchè l'agente sia servito di armi consuetamente mortali, è stata principalmente bandita da Quistorp, *Fundamenti del dir. pen.* t. 1. §. 223.

(3) Feuerbach Elem. di dir. pen. 13.<sup>a</sup> ediz. §. 59. Bauer Elem. di dir. pen. 2.<sup>a</sup> ediz. §. 57.

(4) Henke Instit. di dir. crim. t. 1. p. 185.

(5) Alla presupposizione della volontà appartiene ancora (per parlare con Abbegg Elem. della scienza del dir. pen. p. 126, la cognizione attuale della relazione del fatto col successo possibile, voluto come scopo.

mira, e così come il risultato di un tentativo. Una concorrenza di ambedue le violazioni della legge non è escogitabile; perocchè non si tratta di diversi reati, ma solamente dei gradi di uno stesso reato (1).

La ventilazione di questo punto non dovrebbe qui sembrare fuori di luogo; perchè i medici legali, partecipato che sia loro il ritrovato stromento, non di rado si diffondono nel ricercare, quali effetti possa produrre l'uso del medesimo contro di un uomo, e, quando la lesione è riuscita di poca importanza s'ingegnano volentieri di dare al fatto il colore di casuale. Ed il giudice può rimanere incerto nel sottomettere alle comminazioni della legge una volontà, che gli atti dimostrano meritevole di punizione. Ora farebbe d'uopo esaminare più maturamente, se sia cosa buona o necessaria il consegnare a' medici, perchè distendano il loro parere, gli stromenti, che certamente, o probabilmente, o possibilmente hanno servito ad offendere. In pratica, per quanto mi è noto, questa consegna non incontra ostacolo di sorte; ma la cosa non dovrebbe andare così.

Si sono già elevate negli anni decorati delle voci autorevoli contro il sistema di permettere al fisico anche la lettura degli atti inquisizionali al detto effetto: ma io mi sono per propria esperienza convinto, che senza la partecipazione degli atti sarebbe affatto impossibile (2) il fare un parere compiuto; perchè il medico, ancorchè gli fossero proposti del quesiti sommamente precisi, non avrebbe alcuna notizia della situazione, in cui furono fatte le ferite, nè delle circostanze accessorie, onde furono accompagnate, e così non si potrebbe formare giammai una chiara idea delle cose. Ma non è lo stesso quando si tratta di dare un parere sul mezzo prossimo del fatto. Su questo punto la ferita medesima, o in generale il danneggiamento, parla chiaramente da sè al perito (3). Egli dee scorgere a prima vista, se il danneggiamento deriva da un colpo di taglio, o di

punta, o da un tiro d'arme da fuoco, o da una bastonata, o da un urto, e dee quindi poter determinare, se fu fatto uso dell'una, o dell'altra specie di armi, o di una cosa diversa, o se non venne adoperato alcuno stromento. L'ultimo caso si presenta di frequente, allorchè la causa del danneggiamento consiste in un semplice urto di mano, o di piè, o in una spinta violenta contro un muro, o sopra un suolo ripieno di pericolose scabrosità.

Sarebbe certamente un esiger troppo, se, dietro questa congettura, si volesse una descrizione precisa del corpo offensivo: ma, salve poche eccezioni, è possibile somministrarla approssimativamente.

Questo giudizio, formato sullo stromento congetturale, e dedotto dalla qualità esterna della lesione si connette col desiderabil parere preliminare intorno al grado della medesima. E quanto un parere si fatto è d'importanza per regolare la condotta del giudice inquirente, altrettanto questi è interessato a scoprire, di qual mezzo si può esser servito l'agente, ricorrendo perciò a speciali investigazioni, a perquisizioni domestiche, ed a simili altre ricerche (4).

Giunto poi lo stadio del parere definitivo, non v'è più difficoltà a mostrare a' medici gli stromenti per avventura scoperti, e a domandare, se coi medesimi può essere stata arrecata la presente lesione (5), o se uno stromento di questa specie ne poté esser la causa occasionale. Se lo stromento combina con la lesione, fa d'uopo vedere, se il medico, che or lo dichiara congruente, si è posto in diretta contribuzione con la sua precedente opinione: nel qual caso bisogna richiamarlo a giustificarsi.

Ma se poi dello stromento si dee far uso per convincere l'incolpato negativo (6), si potrà per eccezione presentare ai medici legali, prima che rimettano il parere definitivo; perocchè l'inquirente non dee mai per proprio giudizio affermare la congruenza di uno stromento con la ferita.

I corpi di delitto, che furono ritrova-

(1) Bauer Trattati di dir. pen. t. II. p. 22. Elem. di dir. pen. 2.<sup>a</sup> ediz. §. 55. V. gli annali di Hitzig t. XIII. p. 12 — 26.

(2) Giornale per la procedura penale germanica, t. II. p. 260.

(3) Siebenhaar (l. c. t. II. p. 30 — 36) distingue le seguenti specie principali di lesione corporale: 1) ferite propriamente dette, 2) contusioni, 3) contusioni, 4) lussazioni, e 5) abrasioni.

(4) Henke Institut. di dir. crim. t. IV. p. 611. Weiske Vocab. giurid. t. IV. p. 231.

(5) Tal quesito ha luogo anche nel sospetto di danneggiamento arrecato con materie venefiche, le quali si trovino nel possesso dell'incolpato. Mittermaier, proc. pen. 3.<sup>a</sup> ediz. par. II. §. 124.

(6) Come se per esempio uno stromento, che dimostrabilmente appartiene all'incolpato, vien trovato sul luogo del fatto.

ti, si debbono inoltre inviare al tribunale decidente, tanto perchè sieno osservati da esso (1), quanto perchè si possa ricorrere al parere di medici superiori, che sulle semplici descrizioni non può mai riuscire così pieno, come quando è fondato sull'ispezione oculare (2).

V. Con l'ultima delle quistioni proposte di sopra si ricerca, se altre cagioni estranee al fatto abbiano contribuito al danneggiamento (3). Sebbene questa indagine si faccia nell'interesse della discolpa, non dee per altro gl'ammar tralasciarsi, e nemmeno nel caso, in cui l'incolpato prenda sopra di sè la responsabilità dell'intero successo.

Io mi sovengo di un caso memorabile, in cui un oreste cittadino era incolpato di aver prodotto una grave lesione del capo, per aver fatto fortemente percuotere una sola volta sul pavimento dell'osteria l'occipite dell'avversario, atterrato nella baruffa. Egli confessava il fatto, ed ancora di aver veduto comparire la ferita di contusione, della quale si trattava. Ma questa era un'illusione; perchè con l'urto descritto non si poteva produrre quella ferita, che aveva ancora degli orli acuti. Io cercai dunque d'investigare più esattamente che fu possibile, che cosa era avvenuto dipoi dell'uomo bistrattato: e venne a risultare, che il medesimo, gravemente ubriaco (4) com'era, fu portato subito a casa sulle spalle da un amico, e che in questa occasione cadde un'altra volta con l'occipite in giù su certi tronchi d'albero, lasciati all'aperto, sui quali sporgevano dei nodi. I medici legali, che avevano già dichiara-

rato possibile, che la ferita fosse derivata dal primo colpo, ricevuti altri quesiti riputarono verisimile, che fosse avvenuta in sequela della caduta su que' tronchi scabrosi, e l'incolpato dichiarò di aver preso la ritrovata lesione per un effetto necessario del proprio trasporto, senza averla osservata.

Da ciò fu posto in essere, che la vertiginosità parlava per lo meno per un caso disgraziato, quanto per una lesione delittuosa: e, se la corte criminale non decise in questo senso, la causa di ciò fu la confessione dell'incolpato, esistendo la quale non si consente di leggerli in Germania di fondar le sentenze sopra di basi, che sieno diverse da questa *regina probationum* (5).

Del resto le cause, che non stanno in connessione col fatto, possono essere esterne ed interne, e sono prodotte o dal contegno particolare dell'offeso, o in altro modo.

Tra queste cause non si debbono annoverare anche quelle, che provennero da circostanze concomitanti del fatto, benchè per avventura ignote all'agente: come se taluno fu gettato in un luogo, in cui può farsi più danno a cagione di punte o disegualità sporgenti, o di maggior durezza del suolo (6); o se l'assalto avvenne in una contrada solitaria, dove l'offeso non così tosto, quanto sarebbe stato necessario, potè ricevere assistenza; o se egli fu sorpreso da un'infelice mutazione atmosferica, cioè dalla neve, dalla pioggia, o dalla tempesta, per modo che la stagione peggiorasse lo stato delle ferite fino al segno di convertirle in mortali (7). Anchechè simili casualità non determinino precisamente un aggravamento di pena, non se ne dee trarre per altro un argomento di mitigazione; perocchè vuoisi per lo meno attribuire a negligenza dell'assaltatore il non avervi posto pensiero. Il giudice inquirente bensì dee considerare e descrivere debbi-

(1) Io conosco un caso, in cui un correfereale credeva di non dovere ammettere, dietro il timore degli atti, alcuna intenzione di uccisione, e che si mutò ad un tratto di opinione, appena ebbe veduto co' propri occhi, e brandito con le proprie mani il bastone invaso.

(2) Per questo motivo non dee qui trascurarsi l'occasione di raccomandare per l'uso forense l'atlante anatomico di Diehl, utilissimo alle indagini legali, tanto per giudici, che per medici. 2.<sup>a</sup> ediz. Heidelberg 1839.

(3) Qui si può confrontare, ed in parte applicare per analogia ciò che gli scrittori dicono delle lesioni casualmente mortali. Siebenhaar l. c. t. II. p. 33. e seg.

(4) Ognorachè si presenta un ferimento, i giudici inquirenti dovrebbero cercare di scoprire, se il bistrattato era in stato di sobrietà, non tanto perchè è possibile farsi delle lesioni da sé, quanto perchè le conseguenze etiologiche della lesione spesso riescono affatto inusuali per via dell'ubriachezza contemporanea e successiva.

(5) Così dico esempigrazia Jac. Menuchius de praesumpt. comment. Lib. I quest. 61. num. 8. « Nulla est melior, nullaque efficacior et probatio, quam proprii visus confessio ». V. all'incontro Martini Elem. di proc. crim. 2.<sup>a</sup> ediz. §. 79. « Un inquirente, che sia pieno e mente fedele al proprio dovere, cerca sempre oltre alla confessione altri riscontri su e pra il punto, di cui si disputa, perchè la confessione può anch'esser mendace, od erronea ».

(6) In ogni caso è opportuna un'ispezione giudiziale del luogo.

(7) Quistorp Fondam. di dir. pen. t. I. §. 220.

famente anche simili circostanze accessorie, come influenti nell'essenza di fatto; avvegnachè non si può mai prevedere con sicurezza, qual peso darà alle medesime il tribunal decidente (1).

Le conseguenze accessorie, che si verificano indipendentemente dall'azione delittuosa, sono, in quanto derivano da cause esterne, di specie simigliante alle riferite, dalle quali differiscono solamente perchè cadono in un altro tempo. A questo capo appartengono ancora le collisioni meccaniche con le parti offese del corpo, e le affezioni psicologiche (2). Se la ferita esistente si è riaperla a motivo d'una caduta, o di un urto, la guarigione dee naturalmente riuscire più malagevole: e tutte le malattie, nelle quali è particolarmente attaccato il sistema nervoso, vengono accresciute dallo spavento, dall'ansietà, e da altri consimili patemi di spirito (3).

Non di rado l'offeso è ubriaco nel momento dell'assalto: nel qual caso avverrà difficilmente, che egli prosegua solo la sua strada senza cadere. Generalmente molte lesioni, come fu osservato di sopra, prendono nell'ubriachezza una forma affatto diversa da quella, che avrebbero assunto nello stato di sobrietà. Ed è ufficio dell'Inquirente investigare il contegno, tenuto dal ferito avanti il fatto, nel tempo di esso, e dopo, in quanto può esercitare influenza sopra la lesione, affinchè i medici possano trovar preparati i materiali, necessari al loro giudizio.

Le cause cooperanti luierne si ritrovano nella individualità dell'offeso. Quando egli è pienamente robusto e sano, tutte le perturbazioni, che non sono mortali, guariscono presto. Viceversa le persone malaticcie, specialmente se tifiche, o scrufole, rimangono sempre più gravemente colpite dalla violenza loro usata; perchè l'innormalità, che in esse predomina di per sè, accende la febbre, accresce la suppurazione, o l'esaurimento delle forze per la perdita del sangue, e riagisce sullo stato generale. Quindi, se i medici curanti nulla dicono di ciò, come

d'ordinario avviene, si debbono sempre richiamare a fare attenzione sulla qualità individuale del corpo (4).

Questi sono i capi principali, a cui bisogna guardare nelle lesioni corporali, e nei danneggiamenti della salute; ed io, mediante il saggio presente, mi confiderei di aver contribuito qualche cosa, se non alla migliore dichiarazione, all'intelligenza almeno di ciò che occorre fare in simili casi. V' hanno delle contrade, in cui ogni pubblica festa è occasione di baruffe; onde gl'inquirenti a poco a poco vi si accostumano, e procedono superficialmente contro le medesime. Eppure quello che è quotidiano, specialmente se si parla di violazioni di leggi penali, è appunto ciò che preme maggiormente; perchè la civil società è principalmente disurbata e messa in pericolo da quei delitti, che si rinnovano con più di frequenza. Dalle risse nascono facilmente ferimenti, dai ferimenti pericolose mutilazioni, e da queste alla fine omicidj. Un male così fecondo bisogna dunque sopprimerlo nel suo germe. Chiunque corre sollecitamente dietro alle tracce dell'essenza di fatto, e costruisce la prova con tanta accoratezza, che il colpevole rimanga, per quanto è possibile, colpito dalla pena, non ha sicuramente da avere molto timore di uccisioni. Non si abbia difficoltà di spiegare la necessaria energia, per assicurare lo scopo dell'Inquisizione, il quale consiste nell'investigazione del vero: si ordini una pronta perquisizione contro tutti coloro, su cui cade il sospetto, per ritrovare gli strumenti che mancano, e si proceda all'arresto, ognorachè è possibile, anche remotamente, il pericolo della vita, come nella maggior parte delle lesioni del capo, o quando più persone sono incolpite di partecipazione, e tutte negano (5). Così gl'impiegati sottoposti impareranno a conoscere, quale importanza si debba dare a questi delitti nell'interesse dell'ordine pubblico.

(4) Pel giudice Inquirente il partito più sicuro è sempre quello di proporre espressamente ai medici legali, in ogni caso di perturbazione di salute, le cinque sopradette questioni, e quelle ulteriori, che possono reclamarsi dalle circostanze, affinchè i periti nulla tralascino di essenziale. Mittermaier, Dottrina della prova p. 183 — 204.

(5) Siccome il dritto non giustificerebbe di per sè una lunga carcerazione, così vicino a raddoppiarsi il dovere di accelerare l'Inquisizione per modo, che si renda possibile un pronto rilascio. Mittermaier, Proc. crim. par. I §. 75.

(1) Secondo il progetto di Cod. pen. pruss. del 1813 §. 107. num. 9 — 11. si dovrebbe contemplare una circostanza aggravante quando l'agente, che conosceva tali pericolose circostanze, commise intenzionalmente il delitto sotto la loro influenza.

(2) Tittmann Institut. 2.ª ediz. t. I p. 378.

(3) Henke Elem. di med. leg. §. 489. Siebenhaar Institut. di med. leg. t. I. p. 560 — 577.

E poichè la cosa quasi altrettanto dipende dall'attività e diligenza dei medici legali, che dei giudici inquirenti; così per la buona riuscita è assolutamente necessario, che gli uni e gli altri amicamente cooperino (1), e si dicano oralmente tutto quello che non può essere scritto appuntatamente. Sull'istato delle persone danneggiate il medico legale dovrebbe presentare il suo referto almeno ogni tre giorni; perchè i provvedimenti dell'inquirente debbono assumere un diverso carattere, secondo il crescere, o lo scemar del pericolo. Il medico fa spesso i suoi comodi, e rilascia la ispezione e la cura, dal principio alla fine, al chirurgo aggiunto. Questo è un disordine; perchè

(1) Disgraziatamente accade con troppa frequenza, che gl'impiegati al servizio della giustizia e della cura medica, in vece di passarsela bene insieme si trattino ostilmente. Il che in parte dipende da difetto di disposizioni organiche intorno alla loro scambievole relazione ufficiale, in parte da mancanza di educazione civile. Dovunque sussistono simili sconcerti, i governi dovrebbero cercare di rimediarvi per mezzo di serie ammonizioni, e finalmente di multe, e anche di destituzioni dell' uno, o dell'altro; perchè il pregiudizio diviene ogni giorno più grave per l'amministrazione della giustizia.

a stabilire l'essenza di fatto di una lesione corporale, come di una uccisione, si richiede sempre la cooperazione di due medici (2). Il medico non può di per sè solo distendere o sottoscrivere un parere, di cui non conosce per propria osservazione le premesse di fatto: e d'altra parte non va bene, che si lasci ad un chirurgo solo, e senza sorveglianza, intraprendere un affare di tanto momento per la sorte di tutti gl'interessati. Quindi il giudice dee vegliare sopra di ciò, ed informarsi di tempo in tempo, se il primo medico fiscale si dà il debito pensiero dei malati. In generale il giudice debb'esser sempre sollecito dell'integrità, e della precisione dei protocolli medico-legali, delle relazioni, e dei pareri, e procurarne il supplimento, quando sembrano manchevoli.

(2) Cod. austr. del del. T. 242. Kitha Contribuz. alla dottrina dell'essenza di fatto 2.<sup>a</sup> ediz. Vienna 1813. p. 219. Bolley, (Istruzione di procedura nelle cause crim. p. 318.) riconosce questo principio, ma lo vuol limitato alle lesioni pericolose, senza assegnarne la ragione. V. per altro il cod. di proc. crim. pruss. §. 140. e quello di Württemberg §. 113.

# INTORNO ALLA RICERCA DELLO SPECIALE NELLA LESIONE CORPORALE, E NEL DANNEGGIAMENTO DELLA SALUTE

DISSERTAZIONE DI JAGEMANN

ESTRATTA DAL TONO XXVI, FASC. 2. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE,  
ANNO 1845 (a).

Nella precedente dissertazione si cercò di stabilire l'essenza di fatto della lesione corporale nel senso giuridico criminale, e risultò, che in quella materia non è possibile un sicuro giudizio senza rispondere a cinque domande, le quali contengono le modalità, che si sogliono presentare. Con tutto questo per altra non si fa che fondare la base giuridica della inquisizione (1), vale a dire si giugne a scoprir con certezza, se sia stato commesso, o no, un delitto di questa categoria, e così si determina preliminarmente la condizione legale, presupposta per l'esercizio dell'attività giudiziaria. Il secondo stadio, in cui si ricerca, se ed in quanto un determinato soggetto fu causa efficiente di quella essenza di fatto, dipende dai materiali, che debbon fornire la prova dello speciale. Con l'essenza del delitto (2) non si mette in chiaro quella particolare qualità del fatto, la quale forma il fine prossimo della persecuzione criminale, cioè non si discopre il modo ed il grado, in cui il privato s'è contrapposto al decreto della legge.

Non si può certamente parlare di un delitto, fin tanto che non consta, o non è verisimile, che una manifestazione della volontà umana fu quello che richiamò l'attenzione del giudice (3). Perciò nella

prima delle cinque questioni, discusso nella precedente dissertazione, si cerca, se il ben essere corporeo d'un uomo sia stato violentemente perturbato. Ora dunque è necessario indagare le regole, a tenor delle quali si dec di chiarare il collegamento subiettivo della persona sospetta del fatto.

La prova dello speciale si divide sempre in due parti, cioè nella prova, che il fatto fu precisamente commesso da quel dato soggetto, e nella prova, che questi prese di mira il successo, del quale si tratta, o lo poté almeno prevedere. La prima parte è l'evidenza della connessione causale fra l'atto dell'incolpato ed il fatto delittuoso; la seconda è l'evidenza della volontà contraria alla legge penale (4).

Nel primo rispetto la dottrina della lesione corporale non somministra nulla di particolare. Solamente nel caso concreto si debbono investigare le circostanze, ed i mezzi di prova, onde si può desumere la relazione del fatto incolpato con la persona, che n'è incolpata, e la collisione accaduta (5). È dunque necessario sapere, se una inimicizia si era già radicata prima del fatto; se precedono altre violenze; per quale occasione avvenne l'incontro; come si comportassero le due parti; se l'individuo sospetto operò da sè solo, o in compa-

(a) Per quanto si riflette alle leggi penali del Regno delle due Sicilie V. la nota (a) alla precedente dissertazione.

(1) V. il giornale di procedura penale germanica, nuova serie, t. II, p. 33, e seg.

(2) Abegg Elem. p. 102.

(3) Anche i casi sciagurati presentano per vero dire un successo, che può dar luogo a congetturare un delitto: ma quelli, che sono indubitabilmente di questa specie, come la morte per colpo di fulmine, o in sequela d'inondazione, non debbono considerarsi dal giudice

criminale, finchè almeno non vi sia eccitato dal magistrato di polizia, che incontri per avventura un qualche sospetto. Mayer; procedimento penale de' magistrati amministrativi, e particolarmente di polizia. Ulma 1842. §. 200.

(4) Bauer Trattati di dir. pen. t. I. Göttinga 1840. p. 259 — 283.

(5) Stübel, dell'essenza di fatto dei delitti, §§. 355—369. Kirka, Dottrina della prova nel processo crim. austriaco, §§. 78 — 81. 81 — 90. 92 — 94. C. C. C. art. 20.

guia di coattori od ausiliatori; e se in generale sia fuori di dubbio, che la sua attività producesse un danneggiamento, e precisamente quello riconosciuto per delittuoso. Quindi importa chiarire con la maggiore esattezza possibile, a qual parte del corpo fosse diretto l'assalto, e dove effettivamente colpisse; in qual posizione si ritrovasse in quel momento l'offeso; in somma in qual modo la causa e l'effetto meccanicamente corrispondessero fra di loro.

Qui per altro noi dobbiamo parlare della parte più rilevante ed insieme più difficile della prova dello speciale, cioè della disposizione della volontà.

Nella lesione corporale più frequentemente che negli altri delitti l'imputabilità si presenta diminuita (1). Le occasioni e i motivi della lesione corporale sono per lo più d'indole impetnosa: germogliano dalle passioni (2) di vanagloria, di vendetta, d'ira, d'invidia, d'amore, o piuttosto di sensualità, che sono provocate dalle critiche delle taverne: sono in una parola i risultamenti di quella tendenza umana, più o meno corretta dall'educazione, di sostituire la forza alla ragione, e della ingenua brutalità del volgo (3).

Lo stato, in cui per lo più si attaccano baruffe, e si arrecano offese, è quello d'affetto e di ubriachezza, quando il sentimento e l'appetito sono così eccitati e sollevati, che la ragione in quell'interno tumulto può farsi appena sentire. Se taluno entrò in quella esaltazione di spirito con l'idea di allacare con tanto più di energia la parte avversaria, i principj della politica criminale vietano di menargli buono, nel fatto poscia eseguito, quel turbamento di animo (4): ma questo è un caso assai raro. Per lo più il germe delle contese e delle zuffe è casuale: ed allora occorre gran prudenza per non oltrepassare nell'imputazione i confini della giustizia. Intorno all'affetto ed all'ubriachezza, ancorchè ne sia dimostrata la presenza, comunemente suol dirsi, dipendere dalle circostanze, che un uomo, riscaldato dalle parole pun-

genti e dal bere, non abbia operato in uno stato di tranquilla riflessione, ma che si dee sempre stimare, che egli nel momento del fatto avesse coscienza di ciò che faceva. Questo ragionamento manca di qualunque aculezza giuridica, e dipende dall'antico errore della *praesumptio dolus* (5). Sebbene l'agente, nel percuotere, o nell'urtare, sappia, che urta, o percuote, ciò vuol dir solamente, che egli ha coscienza di ciò che fa, ma non anche dell'ingiustizia di ciò che fa (6). Ed il solo fare non basta a costituire il delitto; chè altrimenti sarebbe criminoso ancora il caso disgraziato. Unicamente la disobbedienza intenzionale o colposa dell'ordin giuridico, la quale procede da libera elezione, soggiace alla legge penale. Se uno vuol rendersi conto della punibilità di un fatto, non deve arrestarsi alla prima proposizione, ma fa d'uopo inoltre che cerchi se l'agente ebbe coscienza di operare ingiustamente. Si comprende agevolmente, che i sensi debbano esser meno turbati per conoscere chiaramente il punto morale, ond'è governata l'azione, che per sapere semplicemente, che uno fa la sua volontà. Non sarà certamente facile, che un uomo sia tanto incolerito od avvinazzato (7), da lasciarsi trasportare a movenze e ad azioni, che manchino affatto di elezione, come quelle delle bestie (8): ma l'imputazione per altro non può esser mai piena, quando manca il requisito della chiara coscienza dell'ingiustizia. Imperocchè la legge fa saviamente una differenza fra quelli, che delinquono per balbuzia, e quelli che delinquono per precipitazione (9).

In un altro delitto, grandemente affine a quello di lesione corporale, voglio dire nell'uccisione, l'affetto è così decisamente considerato per una specie meno punibile di volontà, che universalmente fu riconosciuto un titolo particolare di delitto nell'omicidio d'impeto (10).

(5) Feuerbach Biblioteca per la scienza del dir. pen. t. II. p. 231 e seg. Hen e l. c. t. I. §. 57.

(6) Jagemann Instituz. d'Inquisizione giudiziale t. II. p. 673. num. 225.

(7) Friedreich Sistema di psicologia giudiziale, p. 503 — 534.

(8) Chi è arrivato a tal grado di ubriachezza da perdere tutti i sensi, ha perduto ancora la capacità di sviluppare qualunque forza. Egli è come attratto. Friedreich l. c. p. 533.

(9) È palese, che i primi sono più pericolosi dei secondi al comune.

(10) Kottin, Dottrina dell'omicidio premeditato e precipitato. 1838.

(1) Feuerbach Elem. di dir. pen., 15.<sup>a</sup> ediz. (di Mittermaier) nota IV. al §. 94. Marezoll, Dir. crim. germ. p. 148.

(2) Henke Instituz. di dir. crim. t. I. p. 548 e seg.

(3) Intorno alla potenza dell'educazione è da leggersi specialmente Schultze, Antropologia psicologica, 3.<sup>a</sup> ediz. §. 227.

(4) Henke l. c. t. I. p. 324. e seg. nota 4. Cod. pen. di Baden §. 76.

Nulladimeno si stabilisce un omicidio d'impeto con intenzione in quel medesimo modo, in cui questa si presuppone nell'omicidio premeditato: e la differenza sta soltanto nella premeditazione, che precede l'uccisione qualificata. Il contrapposto della premeditazione è appunto l'affetto, cioè la momentanea effervescenza, in cui si è formata la risoluzione di uccidere. Poichè l'omicidio a sangue freddo vuoi considerarlo come il delitto, che più di tutti ripugna alla natura umana; sembra che la separazione di esso dall'omicidio d'impeto sia stata la conseguenza non tanto di una teoria, quanto del comun sentimento, in grazia del quale la uccisione più scelerata ha ricevuto in Germania il nome spaventevole di *Mord*, e la meno grave, quello di *Todtschlag* (1). Una simile diversità di vocaboli, come quella, che si appoggia ad un fondamento morale, non è applicabile per analogia alla lesione corporale. Ma come l'uccisione d'impeto vien giudicata meno punibile di quella di proposito, così bisogna per giustizia far differenza tra la lesione corporale commessa nell'affetto, e quella premeditata.

L'antica scuola o non si accorse di ciò, o non riputò necessario di assegnare più precisi caratteri alla lesione corporale, delitto di second'ordine (2), e credo di aver fatto abbastanza col riconoscere il giusto affetto, come causa mitigante (3). Era riservato alla nuova legislazione l'introdurre anche qui delle massime, che fossero corrispondenti al principio della giustizia (4). Ma questa legislazione non è ancora generale, e quindi non sarà superfluo uno sviluppo teorico della nuova dottrina.

La lesione corporale premeditata e non premeditata sono da considerarsi come due specie dello stesso delitto. La premeditata è un attacco all'umana salute ri-

solto ed eseguito con ponderata malvagità: la non premeditata è un attacco all'umana salute, risoluto ed eseguito nel momento dell'irritazione. La prima è più pericolosa, non tanto a motivo di più energica volontà, quanto perchè da un piano pensato più che da un assalto improvviso rimane assicurata la riuscita dell'opera.

Che cosa si debba intendere sotto il vocabolo premeditazione (5), si trova spiegato abbastanza nei trattati intorno al delitto di omicidio; e benchè non manchi per avventura occasione di rettificare qualche cosa in questo proposito in grazia dei bisogni pratici, non è qui del nostro istituto il ragionarne. Avvertiremo solamente, che è assurdo il richiedere per la prova della premeditazione, che la risoluzione sia stata formata lungo tempo prima del fatto. Lo spazio fra la risoluzione e l'esecuzione può essere ancora sì breve, che i momenti quasi concorrano: basta solamente, che la risoluzione non fosse formata in un incontro inaspettato, nè in uno stato di eccitamento improvvisamente provocato. Ognorachè insorgano dubbj, e sembri difficile ritrovare i limiti della distinzione, il miglior partito è quello di costruire l'idea negativamente: e così quando il giudice è convinto, che l'azione non fu risolta nell'impeto degli affetti, penserà, che non è possibile uno stato di mezzo, ed ammetterà senza esitare la premeditazione (6).

L'impeto degli affetti può essere certamente prodotto da interna disposizione, o da occasioni esterne. Contro la prima specie parla quel principio morale, che impone a ciascuno di combattere la degenerazione dei sentimenti in passioni (7), e di sveltare le inclinazioni, che minacciarebbero di rovesciar dal suo trono la ragione. Da ciò per altro l'umana giustizia può solamente dedurre, che il fatto commesso in servizio della passione non merita di esser francato di qualunque responsabilità. Il non trovarvi una causa diminvente la pena sarebbe iniquità; perchè sovente si verrebbe a pretendere l'impossibile, cioè una potenza assoluta sopra il turbamento morale. D'altra parte una passione, che avvampi senza esterna occasione,

(1) V. la C. C. C. art. 137. Marezoll *Dir. crim.* p. 288. Wilda *storia del dir. pen. germanico* t. I. p. 706 — 718.

(2) Quistorp e Tittmann non parlano che di volo del ferimento, o del delitto contro la salute, al quale anche Feuerbach, nella prima edizione de' suoi elementi, consecrò pochissime parole.

(3) Quistorp *Principj di dir. pen.* t. I. p. 802.

(4) Cod. pen. di Sassonia del 1838 §§. 132 — 138. di Württemberg del 1839. §§. 260 — 268. di Annuver del 1840 §§. 241 — 246. di Brunswick del 1840 §§. 119 — 165. di Baden del 1845 §§. 225 — 288.

VOL. II.

(5) *Propositum* in contrapposto ad *impetus* p. 11. §. 2. D. de poenis.

(6) Sotto questo capo viene anche il proposito determinato e generale. V. il cod. di Baden §§. 98. e 99.

(7) V. Eschmannauer, *Filosofia morale* §. 280.

può avere la sua radice in una morbosa irritabilità (1), esempigrazia nello stato patologico del cuore, o del capo, o del fegato. Per lo che in simili casi fa d'uopo sempre esaminare, se l'impulso proviene da un tale stato, o solamente da grossolana brutalità, la quale simula frequentemente l'affetto, non ostante che operi in un impeto di ben altra natura, sostituendo consapevolmente la violenza alla ragione.

Il numero di gran lunga maggiore dei delitti d'impeto riceve per altro una spiegazione dalla disgraziata influenza degli altri uomini. Si conoscono le debolezze di una persona, ed in vece di risparmiarle si cerca di metterle al nudo. V'ha chi si diverte del corruccio del punzecchiato, e poi si sdegna delle sue risposte improvvise, onde nasce alla fine una mischia, del cui esito non è alcuno, che possa farsi mallevadore. L'esperienza insegna, che nelle lesioni corporali, eseguite senza premeditazione, l'offeso d'ordinario le ha provocate con la sua condotta anteriore o contemporanea al fatto; e, sebbene per questa egli non appaia punibile (2), un sistema criminale, che faccia il debito conto dell'elemento subiettivo, dee nell'estimazione del delitto avere il conveniente riguardo ad una tal concatenazione di circostanze determinative.

Ciò sia detto particolarmente della lesione rissosa (3). Le prime cause di questa sono per lo più di un'indole così leggiera, che sembra spesso incomprensibile, come ne potessero derivare violenze di tanta gravità: ma i punti, che si schiarano fra la prima origine della controversia e l'azione delittuosa, sono molteplici, ed accrescono a poco a poco lo spirito di vendetta e di resistenza. Lo schiamazzo che si solleva, lo spingersi di qua e di là senza progetto, e l'urto scambievole dell'assalto e della difesa, dichiara-

no ancora il perchè alla fine i feriti sieno raramente quelli, che erano stati presi propriamente di mira. La rissa è una guerra in piccolo: si formano le parti: alcuni, che da principio volevano rimanere lontani, vengono tirati dentro la mischia (4) da qualche impreveduto bistrattamento loro arrecato; dal pericolo, in cui scorgono i propri amici; in una parola dal contagio del generale eccitamento, per cui diviene un puntiglio d'onore il discacciare tutti quantigli avversari dal campo di battaglia. Quindi per l'omicidio e per la lesione corporale in rissa i moderni codici hanno con buone ragioni adottato particolari disposizioni (5), che da un lato, cioè rispetto al *maximum* penale, sono più miti, e dall'altro lato, cioè rispetto alla partecipazione remota, sono più severe di quelle, ond'è minacciato l'incontro di solo con solo con simil successo.

Procede altrimenti la cosa, quando si tratta della causa mitigante del giusto affetto. Allora il legislatore presuppone, che l'offeso abbia occasionato col suo biasimevole contegno il sinistro, che gli è avvenuto, e che egli perciò, nè in nome proprio, nè in nome della civil società, possa pretendere quella soddisfazione, che gli sarebbe dovuta, se fosse stato attaccato senza alcuna ragione.

Allora bisogna decidere, chi fosse l'autore della contesa (6): il quale non è sempre facile a scoprirsi con sicurezza, ancorchè si abbiano testimoni del fatto. Imperocchè non basta raccogliere ciò, che di offensivo, o d'ingiurioso fu detto: ma bisogna ancora badare ai gesti, al tuono della voce, agli sguardi, a' volgimenti del corpo, ed insieme al contegno passivo. In somma tutto quello, che, secondo le costumanze generali, o locali, è riguardato come segno d'oltraggio (7), o di contumelia, si dee quivi considerare; onde si vede, che, per bene amministrare la

(1) Friedreich (Sistema di psicologia giudiziale, 2.<sup>a</sup> ediz. p. 579 — 588.) giunge persino ad affermare, che abbia una causa corporea in una congestione, in un'irritazione nervosa ec. Anche il filosofo Suabedissen nelle sue linee fondamentali della dottrina dell'uomo (§. 387.) riconosce lo stato di eccitazione per una malattia transitoria.

(2) Chi conosce le debolezze di un uomo, infelicitamente le vuole attaccare: e quanto più sono ridicole, tanto più trova eco nelle compagnie questo scherzo apparentemente insignificante.

(3) Jareke Institutz. di dir. crim. t. III. §. 48.

(4) Henke Institutz. di dir. crim. t. II. p. 89.

(5) Cod. crim. di Sassonia §. 136. di Württemberg §. 266. di Anover §. 245. di Brunswick §. 163. di Baden §. 239.

(6) Il nuovo cod. pen. di Baden dice nel §. 233. « Se il leso medesimo ha provocato l'affetto con gravi offese, od ingiurie, o bistrattamenti di fatto, senza che l'agente gliene avesse data alcuna causa sufficiente, le pene minacciate nel precedente §. 232. possono essere abbassate fino ad un terzo. »

(7) Non si può dunque esigere l'intiera esenzia di fatto d'un ingiuria, ma il solo principio di essa. Heffter Elem. di dir. crim. §. 296

giustizia penale, occorre una esatta cognizione delle idee del popolo nelle varie sue classi (1).

D'altra parte non si vuol credere, che qualunque eccitamento di parola, o di fatto, basti a far sì che taluno venga considerato autore della contesa; perocchè si danno degli uomini sensibili, che sovente si credono offesi, senza che siasi avuta la menoma intenzione di offenderli. Si trovano da per tutto persone, che da una semplice contraddizione, ed anche dal rifiuto di assenso a certe loro idee favorite, rimangono talmente toccati, che credono sia loro dovuta una soddisfazione. Ma se nel valutare un'offesa fa di mestieri badare alla posizione individuale, occupata nel mondo dall'offensore e dall'offeso è poi im, ossibile il ponderare il temperamento e la natura individuale del secondo; tanto più che uno si dovrebbe senza indiscretezza aspettare, che l'uso della vita insegnasse a tutti ad adattarsi alle forme ed alle consuetudini sociali (2).

Sovente non si può determinare, quale dei due contendenti abbia dato la prima occasione alla contesa. Amendue si eccitano, e divengono appassionati ad un tempo, e con un rapido scambio di detti si scagliano parole offensive. Quando in simili casi si parla di compensazione d'ingiurie (3), non si ragiona a dovere; perchè i delitti non si possono estinguere a forza di difficoltà presentili a guisa delle pretensioni civili. La soddisfazione, che provocò un'offesa col suo contegno illegale, non è da giudicarsi giustificata; perchè la soddisfazione non era meno dovuta all'altra parte, ed egli perciò non avrebbe nemmeno potuto esigere, che il giudice procedesse.

Del resto l'antagonismo della controversia disciolpa la commessa lesione corporale meno dell'antagonismo del combattimento. Il principio direttivo nel giudizio di queste relazioni si dee propriamente trovare nelle massime, che governano la necessaria difesa (4). O la lesione

corporale sia stata effettuata per causa di bistrattamento verbale, o reale; essa è sempre la ritorsione di un'ingiustizia, cioè di un attacco dell'onore, o della persona, e cade sempre sotto il punto di vista dell'eccesso di necessaria difesa, quando l'attacco fu di tale importanza, che una tutela di sè potesse riputarsi indispensabile a mantenere la pubblica stima, o l'integrità della salute. Ma se poi il grado dell'attacco contro l'avvenuta riazione si presenta per modo, che un uomo assennato si sarebbe potuto applicare ad altri mezzi, il carattere predominante del delitto è quello di lesione corporale (5), accompagnata bensì da circostanze mitiganti.

Che sia ragionevole, è non solamente richiesto dal principio della giustizia, ma ancora dalla politica criminale, che nel punire la lesione corporale si abbia riguardo alle discordie, ed alle vie di fatto, occasionate dall'altra parte, fu riconosciuto in ogni tempo: ma la pratica è oscillante intorno alla quantità di mitigazione, che debb'esser prodotta da questa causa (6). Prima di tutto si dee ricercare la pena, che merita di per se la lesione corporale, di cui si tratta: e quindi farebbe d'uopo abbassare quella pena di un terzo (7), se l'offeso fu l'autore della contesa, o del combattimento, e di due terzi, se l'offeso comparisce autore sotto amendue i rispetti. Viceversa concorre una circostanza aggravante, se l'agente ha cercato insolentemente la brigata, ed acceso la mischia (8).

Quando è sparsa una luce sufficiente sopra le occasioni e le cause della violenza, si passa a ricercare, qual successo si proponesse, o potesse prevedere l'incoltato: in altre parole, fino a qual segno gli si debba imputare a dolo, od a colpa il successo medesimo (9). In que-

poteva aver luogo nel solo caso d'un aggressione pericolosa alla vita, ma secondo il concetto dei codici moderni. V. Zöpfl Archivio di dir. crim. anno 1813. p. 37. e 38.

(5) Un concorso di eccesso di necessaria difesa e di lesione corporale non si dee naturalmente ammettere in tali circostanze; perchè si domanda soltanto, quale di due delitti somministranti somministri al fatto il carattere preponderante. Conf. Bauffr Tratt. di dir. pen. t. II. p. 6 — 9.

(6) Henke Instit. di dir. crim. t. I. p. 548, e seg.

(7) Cod. pen. di Baden §. 154. 233.

(8) Cod. pen. di Baden §. 154. num. 3.

(9) Qui non si può parlare d'imputazione in generale: ma vuolisi notare, che al pratico si presentano finora individui, che mo-

(1) Abegg Elem. p. 396.

(2) Il principio dell'eguaglianza davanti alla legge richiede, che ciascuno sia rispettato in quel circolo della vita, che occupa, ancorchè fondato sopra opinioni, oramai riconosciute per false. In questo senso il così detto onor civile particolare ha la sua base storica. Marczell Elem. di dir. crim. p. 348.

(3) L. 10 D. De compens. conf. con la L. 2. §. 4. L. 13. §. 8. D. ad L. ful. de ault.

(4) Certamente non secondo l'antica idea troppo angusta, per cui la necessaria difesa

sto proposito si debbono distinguere diversi casi.

I. Un'intenzione direttamente rivolta alla lesione corporale si presenta di rado. Si è veramente autorizzati ad ammettere una tale intenzione, solamente quando s'incontra l'uso di armi da fuoco, di coltelli, o di altri arnesi taglienti e pungenti, e di stromenti pericolosi per causa del loro peso: ed anche allora può darsi, che sia mancata la chiara coscienza del male, che l'agente arrecava. All'incontro si presenta il più delle volte un'intenzione indeterminata di cagionare un male più o meno grave. L'agente vuol dare all'avversario un ricordo sensibile, ed è indifferente intorno al successo del medesimo. A questa classe appartengono le molteplici lesioni corporali, prodotte per mezzo di pugni, o di stromenti ottusi, come sono i bastoni, e di piccoli coltelli da tasca. Si vuol solamente fare del male, ma si acconsente, con piena e semipiena coscienza, anche in un successo più grave. Questo consentimento per altro non si dee giammai facilmente supporre, per non mostrare troppo frequente inclinazione ad ammettere il dolo indeterminato. Quando ne manca la prova piena, il fatto appartiene ad una categoria inferiore.

In teoria si dovrebbe ricercare ancora, se l'intenzione si direbbe ad una lesione grave, o leggiera, e se la grave, che è stata prodotta, derivò inopinatamente dall'aver preso di mira una lesione leggiera. Ma si fatta questione non si può mai risolvere bene in pratica; perchè, a tenore di quanto abbiamo detto nella precedente dissertazione, è impossibile, che l'agente calcoli precisamente il grado di perturbazione, che soffrirà da' suoi colpi la salute di un uomo. Quando sia molto verisimile, che l'assaltatore volesse col-

pire una data parte dell'avversario, perchè la lesione non poteva su di essa produrre alcuna pericolosa conseguenza, e che questa abbia avuto luogo per un mero accidente; si falta circostanza varrà per attenuare la pena (1): ma si concederebbe un soverchio favore all'accusato, se non gli si volesse imputare il successo, che siccome colposo (2). Chiunque in fatti si propone di ledere l'integrità di una persona, può e dee sapere, facendo uso delle forze ordinarie della ragione, che la lesione giungerà forse ad un grado più elevato di quello, che egli desidera per la propria soddisfazione.

II. Le lesioni corporali d'infimo grado comprendono quelle, che derivano da semplice *animus injuriandi* (3). Una forte guancinata può produrre una seria commozione cerebrale (4), ed anche la morte, per causa dello stravasamento, e ciò non ostante il demerito dell'agente non si può stimare che leggiera. A rigor di teoria si dovrebbe affermare, che in tal caso si presenta soltanto una grave offesa dell'onore, in quanto che il successo del danneggiamento della salute poteva appena prevedersi come possibile. Ma la politica criminale dee fermare il principio, che a niuno è lecito mai di metter le mani addosso ad un uomo, e che ciascheduno è responsabile della lesione da lui prodotta, fosse intenzionale, o no; perocchè vuolsi per lo meno riputare, che tutti sappiano, quanto sia delicata l'umana organizzazione, e quanto spesso soggetta, come insegna l'uso della vita, a soffrire anche per tenuissima violenza. La pena bensì di un simile danneggiamento non sarà giusta, che quando sia misurata secondo i principj della colpa.

Subitochè una lesione di natura criminale è provata, sparisce in questo delitto la pratica importanza dell'ingiuria, e perchè si procede d'ufficio, e perchè si

strano una così forte e quasi insuperabile propensione alle contese, e alle risse, la quale sembra potersi spiegare solamente in virtù di una predisposizione corporea, ancorchè (quando sieno sane le facoltà intellettuali) non si debba ammettere una soppressione assoluta di coscienza. Helroth (Sistema di medicina psicologico-forense p. 2 (3) dichiara un simile stato, osservando « che la potenza attiva, trapassando impetuosamente i limiti morali, e sciolta dal freno della ragione, prorompe in atti, che sono diretti in generale alla distruzione dell'individuo medesimo morbosamente affetto, o di altri individui, ed oggetti ». Un simile stato quando sia psicologicamente e medicamente provato; dovrebbe certamente diminuire l'imputazione. (Friedreich, sistema di psicologia giudiziale, p. 355).

(1) Cod. pen. di Baden §. 234.

(2) Bisognerebbe allora ammettere con Bauer (l. c. t. I. p. 281 — 286; una colpa consapevole, non riconosciuta dalla legge, né dalla pratica.

(3) Secondo il diritto romano non poteva in tal caso trattarsi che d'ingiuria, perchè ancora il danneggiamento della salute sotto forma offensiva dell'onore cadeva sotto questa idea. Heffter Elem. di dir. crim. §§. 281. 301.: ma il diritto germanico si formò ab antico nel modo accennato di sopra. V. Wilda storia del dir. pen. germ. t. I. p. 772 — 781.

(4) Henke Elem. di med. for. 8.ª ediz. §. 351. Meckel Elem. di med. for. §. 115. Dai colpi e dagli erti di mano risultano ancora gravi malattie di petto. Henkel. l. c. §. 389.

può castigare il fatto grave, avuto inoltre riguardo alla concorrente trasgressione della legge (1). Si discenderebbe a soverchie sottigliezze, quando in ogni delitto si volesse indagare, se insieme con esso si debba punire il semplice oltraggio; perchè la privata soddisfazione può ragionevolmente considerarsi effettuata, mediante il castigo decretato nell'interesse della società (2). Rigorosamente parlando, ogni delitto commesso sotto la forma di violenza (3) contiene contemporaneamente un oltraggio, e specialmente quando con la nuova legislazione (4) si presume, in certe circostanze, l'intenzione di oltraggiare.

Se dunque da un'ingiuria reale risulta, contro il volere dell'offensore, un danneggiamento di salute, il fatto della lesione corporale si qualifica per colposo: e si qualifica per intenzionale, quando risulta, che l'offensore ha acconsentito; mentre commetteva l'attacco ingiurioso, anche in un successo più grave, ed ha quindi operato con dolo indeterminato.

III. Anche più spesso la lesione corporale colposa concorre col bistrattamento intenzionale. Nelle baruffe, che avvengono nelle strade, e nelle osterie, i sfigliati avversari o le intiere parti si percuotono d'ordinario e s'urtano scambievolmente quasi con l'unica mira di vincer la lotta, o di respingersi a vicenda. Ancorchè vi possa entrar l'intenzione di arrecare un dolor fisico, essa non giugue allo spargimento del sangue, salvo il caso che vengano adoperati strumenti, i quali, com'è facile a prevedere, non possano produrre altro effetto (5). Nel casi particolarmente, in cui l'urto o l'atterramento ha prodotto un interno scompiglio, non è dato supporre, che questo fosse stato pigliato di mira; perchè niuno, che voglia produrre una lesione corporale, commetterà l'azione in maniera da non poterne scorgere l'immediato successo.

Le pene di polizia (6), che s'incorrono, sono sempre assorbite dalle pene criminali, decretate a cagione del medesimo fatto. Perciò del bistrattamento, subitochè ne derivò lesione corporale, non si fa parola nella sentenza, e solamente si cerca, se la lesione fu colposa, o voluta eventualmente, e perciò dolosa.

IV. Talora l'intenzione è diretta alla violenza, dalla quale nasce una lesione corporale. Se questa non partì da dolo neppure indeterminato, vuolsi imputare a colpa. Sarà per altro difficile dimostrare evidentemente nel caso speciale questa concorrenza di delitti; perocchè l'uso della violenza, con la mira di attuare la propria volontà contraria al delitto, sarà naturalmente congiunta, quasi senza eccezione, al disegno di ottenere l'intento con una energia, che proceda persino al danneggiamento corporale, quando specialmente si trattò di costringere una persona a far qualche cosa (7). In generale il *crimen vis*, titolo ausiliare di delitto (8), non può venire in considerazione, che quando non proponderi l'esistenza di fatto di un altro delitto concorrente.

V. Rimane ancora la lesione corporale colposa, che si commette semplicemente come tale, cioè senza intenzione diretta a delitti d'altra specie. Essa si può immaginare, come effetto immediato, e come effetto mediato di una commissione, o di una omissione. L'uso imprudente di alcune materie, o di alcuni strumenti, certi movimenti incomposti della persona, o simili azioni (9), riescono spesso di pregiudizio ad altri, che abbiano la disgrazia di combinarsi in connessione causale. Può nascere lo stesso successo, quando oggetti inanimati vengano pericolosamente situati, ed abbandonati per leggerezza al caso. Quello è il danneggiamento immediato, questo il mediato.

(6) Jareke Instit. di dir. pen. I. III. §. 80.

(7) Quando esemplarmente taluno vuol costringere un altro a fare una quitanza, una rinunzia, una testimonianza, la lesione corporale, che abbia luogo in simili casi, non si considera più come tale, ma come forma del delitto di estorsione. Cod. pen. di Baden §§. 412. 417.

(8) Martin Elem. di dir. crim. 2.ª ediz. §. 181.

(9) Esemplarmente l'andare attorno imprudentemente con armi da fuoco, il maneggiare imprudentemente veleni, o cavalli, il gettar cose gravi sulle vie frequentate, il non custodir buche aperte in tempo di notte ec. ec.

(1) Feuerbach Elem. di dir. pen. §. 292. Waechter Elem. di dir. pen. I. II. p. 181.

(2) Cod. pen. di Baden §. 238.

(3) Abegg Elem. di dir. pen. §. 185. ) osserva, che in un basso stato di civiltà i delitti sono di violenza, e che la frode è propria di un tempo posteriore.

(4) Cod. pen. di Baden §. 295.

(5) Molto prudentemente alcune leggi moderne hanno dichiarato qualificate le lesioni commesse con armi, o con altri strumenti pericolosi. Cod. pen. di Württemberg art. 262. di Baden §. 232. num. 4. §. 242.

Anzi tutto bisogna qui esaminare, se a simili atti possa in generale attribuirsi, a tenore del dritto comune, il carattere di criminosi (1).

Sotto il punto di vista filosofico (2) si pensa concordemente, che delitti colposi a rigor di termine non si possono dare; perchè a costituire un'azione contraria alla legge penale si richiede essenzialmente una volontà, che si ribelli al comando o al divieto, e nel contegno trascurato manca la coscienza del pericolo, quindi è ancora la qualità punibile della volontà. Ma sotto il punto di vista sperimentale si è dovuto riconoscere, che in uno Stato incivilito certe azioni, per causa della loro comune nocivezza, si debbono minacciare di pena (3) anche quando sieno commesse per grossolana inavvertenza, e senza intenzione. Nella qual categoria fa di mestieri collocare precipuamente i danneggiamenti del corpo e della vita, perchè l'integrità dell'umana esistenza è il più importante dei beni, che meritano la protezione dello Stato. Quindi i codici moderni, riconoscendo il principio dell'impunità delle azioni colpose in generale (4), nell'omicidio e nella lesione corporale hanno minacciato di pena criminale ancora il danneggiamento colposo, rilasciando bensì le offese leggere alla potestà della polizia.

Dubitano molti criminalisti, se anche dalle fonti romane e germaniche si possa dedurre la penalità criminale della lesione corporale colposa. È cosa certa, che i danneggiamenti della salute, ognorachè non presentavano alcun tentativo di omicidio, per dritto romano spottavano all'*actio privata ex Lege Aquilia* (5), e che solamente due casi di loro commissione colposa si presentano, come eccezioni, fra i *crimina extraordinaria*, cioè il danneggiamento prodotto dal medico inconsiderato, e quello cagionato da un animale pericoloso mal custodito (6). Ma

di qui non si può desumere una conclusione sicura per l'odierno dritto comune. La consuetudine giudiciale dei Romani collocava tra delitti privati una serie di reati, che oggidì hanno carattere pubblico (7). Basta solamente rammentare il furto e la frode. Non vi erano che i delitti capitali, che fossero oggetto di accusa pubblica. In parte dall'uso forense, in parte dai particolari statuti, il maggior numero dei delitti privati fu trasportato nella categoria dei pubblici, ed i primi furon colpiti da pena criminale, ancorchè si continuasse a perseguirli a querela dell'offeso. Questo destino toccò segnatamente alle lesioni corporali: ed in molte costituzioni non si fece alcuna differenza fra danneggiamento doloso e non doloso. Se si considera pertanto, che la Carolina negli articoli 134, e 136 fa espressa menzione dei sopradetti due casi di danneggiamento colposo della salute, uno immediato, e l'altro mediato; che le giudiciali osservanze d'ogni tempo dedussero di qui un' analogia giuridica (8) per tutti i casi, che per cagion d'imprudenza egualmente crassa producono il danneggiamento di un uomo; che in generale anche la politica criminale proclama, che un simil contegno si debba, a motivo del comune pericolo, ferire di pubblica censura; che una teorica, che voglia governare una pratica razionale, non esiterà a comminare generalmente di pena il danneggiamento corporale colposo (9).

Ma quando ancora non si potesse riposare sul fondamento della consuetudine germanica, il dritto romano somministra un punto fermo almeno pe' casi di rilievo maggiore (10). Di più si è modernamente riconosciuto, che sotto l'idea dell'ingiuria non cadono solamente le azioni commesse con intenzione chiaramente espressa di offendere (11), ma ancora quelle, che ledono la personalità mediante un intraprendimento inconsiderato, che non fosse precisamente diretto a sì fatta lesione.

(1) Rosshirt Elem. di dir. crim. p. 418. num. 4. Henke Instit. di dir. crim. t. II. §. 107. e 108. Waechter Elem. di dir. pen. t. II. p. 184. Heffter Elem. di dir. crim. 2.<sup>a</sup> ediz. §§. 282. 283.

(2) Hegel Filosofia del diritto 2.<sup>a</sup> ediz. 1840 p. 158.

(3) Cod. pen. di Sassonia §. 32 di Württemberg §. 58. di Brunswick §. 29. di Anover §. 46. di Baden §. 102.

(4) Esempigrazia il cod. pen. di Brunswick §§. 161. 162. di Württemberg §§. 267. 268. di Baden §. 237.

(5) §. 14. Inst. de lege Aquilia, L. 1. §. 2. D. de injuriis.

(6) L. 38. §. 3. D. de poenis. L. 11. D. de extraordin. crim.

(7) Geib Storia del processo crim. rom. Lipsia 1812 p. 403.

(8) Waechter nell'archivio di dir. crim. anno 1814. p. 429 e 435. Conf. la C. C. C. art. 146.

(9) Bauer Elem. di dir. pen. 2.<sup>a</sup> ediz. §. 188. Marezoll Dir. crim. p. 319 — 324.

(10) V. sopra la nota 57.

(11) Heffter Elem. di dir. crim. §. 302. Henke Institut. di dir. crim. t. II. p. 256.

Da questo principio si dovrebbe oggi-  
di far dipendere la dottrina della lesione  
corporale colposa (1). Imperocchè, se da  
un lato bisogna riconoscere la necessità  
di minacciare in genere una pena crimi-  
nale a certe inavvertenze; rimane dal-  
l'altro a desiderare, che non vengano pro-  
tratti i confini della medesima al di là di  
quel che richiede il riguardo del comu-  
ne pericolo. Ora questo carattere si ritro-  
va solamente in un contegno, che sia ve-  
ramente temerario o spensierato. Nè ba-  
sta, che il danneggiamento colposo po-  
tesse prevedersi come possibile: ma fa  
d'uopo ancora, che sia da considerarsi  
come verisimile, oppure come facilmen-  
te possibile. Se allora l'agente non operò  
con tutta circospezione, e produsse un si-  
mistro successo, il ragionamento del giu-  
dice si compone delle seguenti proposi-  
zioni.

(1) Il cod. pen. di Baden §. 101. definisce  
la colpa, come un'azione « da cui nasce senza  
« intenzione una lesione del dritto, in quale,  
« secondo la generale esperienza, o la cogui-  
« zione particolare, si poteva prevedere ed evi-  
« tare, facendo uso dell'attenzione, o diligen-  
« za ordinaria ».

1) Date certe circostanze, in alcune a-  
zioni occorre prudenza, perchè da esse  
non derivi all'umana esistenza un pre-  
giudizio, che secondo il consueto anda-  
mento delle cose proviene facilmente;

2) Tizio ha intrapreso spensieratamen-  
te una tale azione in quelle date circo-  
stanze, ed ha prodotto quel pregiu-  
dizio;

3) Dunque Tizio, benchè senza deter-  
minata intenzione, si è mostrato per al-  
tro pericoloso alla società con una vo-  
lontà difettosa e inconsiderata, e dee per-  
ciò soffrire una pena proporzionata.

Le modalità, sotto le quali si presenta  
la lesione corporale punibile, sono così  
esaurite. Se non che lo sviluppo de' nuovi  
codici penali di Germania è per dare,  
siccome spero, un maggior perfeziona-  
mento a questa dottrina: il quale riu-  
scirà tanto più benefico al comune, per-  
chè i danneggiamenti della salute sono  
fra tutte le azioni violente le più peri-  
colose alla quiete giuridica ed all'ordine  
pubblico (2).

(2) Pregevoli riflessioni in questo proposito  
si contengono nel sistema di giustizia preven-  
tiva di Mohl §§. 23. e 29. p. 289 — 303.

# XIII.

## DELLA CONSUMAZIONE DEL FURTO, SECONDO IL DIRITTO COMUNE, E LE PIÙ MODERNE LEGISLAZIONI PENALI GERMANICHE

DISSERTAZIONE DI *WAECHTER*.

ESTRATTA DAL TOMO XXI FASC. 2, DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE  
ANNO 1840 (a).

Intorno ai requisiti della consumazione del furto si professano, o si sono piuttosto professate opinioni molto diverse. La teorica della *contractatio* non ha trovato più difensori da lungo tempo: e la teorica media fra quella dell'ablazione, e quella del prendimento, a tenor della quale si richiede un levamento dal luogo del furto, e dalla custodia del derubato, senza bisogno per altro che il ladro abbia posta in salvo la cosa, non è stata sostenuta, per quanto mi è noto, che da pochi scrittori, alla fine del secolo precedente, ed al principio di questo (1). I suoi difensori di maggiore autorità furono Erhard Tittmann. Ma Klien confutò sì abilmente il primo, che la sua opinione, principalmente appoggiata al diritto germanico, non ha trovato più seguaci fra gli scrittori viventi. E Tittmann, che si volle sostenere col diritto romano, cadde in tanti errori contro i principj civili dell'acquisto e della perdita del possesso (2), che la sua opinione, almeno nel modo, in cui egli la presentò, sembra non essersi guadagnato alcun aderente. Così rimane adunque la sola teorica dell'ablazione, e quella del pigliamento di possesso, ossia del prendimento. La prima di queste teoriche, se-

condo la quale il furto s'intende consumato solamente allorchè il ladro ha levato la cosa dal luogo del furto, e se l'è portata in salvo, fu specialmente difesa dagli antichi criminalisti di Sassonia, Carpzov ed Hommel. Ma le ragioni, a cui l'appoggiarono (3), furono così deboli, e vennero confutate sì bene da altri scrittori sassonici (4), che quella opinione non ha più trovato, ch'io sappia, negli ultimi cinquant'anni chi la seguitasse. Se non che trapassò nella pratica del regno di Sassonia, dove per la consumazione del furto si richiese assolutamente, che il ladro avesse già portato la cosa nel luogo, in cui la voleva prossimamente nascondere; si riguardò il furto manifesto come un semplice tentativo, contro le più decise autorità del diritto romano, e della Carolina, e senza particolar fondamento di leggi locali; e si giunse al punto di colpire con una pena mitissima un caso di furto, minacciato assai gravemente dal diritto comune. Questa pratica fu sì costante, che le più potenti ragioni teoriche non bastarono a smuoverla, e si conservò ancora dopo che una nuova legge ebbe fermato la teorica del pigliamento di possesso a riguardo del furto di legname (5); di modo che i tribunali di Sassonia applicarono due diversi principj alla consumazione d'uno stesso delitto, cioè il principio del prendimento nel furto di legname, ed il principio dell'ablazione negli altri furti. L'ultimo ha finalmente avuto

(a) Leggi penali delle due Sicilie — Furto — Per quello di vasi e suppellettili sacre art. 97 e 99 — Per quello che si esegue con rotture di suggelli art. 249 — Qualificati, e semplici art. 407 — Quando son qualificati per la violenza art. 408 — Pel valore art. 409 — Per la persona art. 410 — Pel tempo e pel luogo art. 411 e 412 — Pel mezzo art. 413 — Per i furti semplici art. 417 e 425 — Involamento di carte negli Archivi art. 247 e 252 — Chiavi falsi ed ordigni art. 405 e 407 — Scaletta art. 408.

(1) V. Dollmann *La sottrazione* ec. 1834.

(2) V. i miei elem. t. II. p. 287.

(3) Ivi p. 286.

(4) *Jo. Lud. Guhl, Beck de vera furti consummati notione*, Lips. 1809. p. 27 — 36 Klien. Rivista dei principj relativi al delitto di furto, p. 261 — 267.

(5) Mandato del 27. Nov. 1822 §. 15. *Weiske* Leggi penali del Regno di Sassonia, p. 351. e segg.

termine con l'introduzione del codice penale, il quale nell'art. 225 stabilisce, che *il furto è consumato, subitochè il ladro si è pigliata la cosa* (1). La stessa disposizione s'incontra nell'art. 210 del codice penale di Baviera, dove si legge: *il furto è consumato, tostochè il ladro ha tolto la cosa dal suo posto, o altrimenti se l'è recata in proprio potere*. E l'art. 317 del codice di Württemberg, in conformità della pratica, che era già seguita in quel regno, determina, che *il furto è consumato, subito che il ladro ha levato la cosa dal suo posto, e l'ha recata in suo potere* (2).

La teorica del pigliamento di possesso è dunque divenuta nelle più autorevoli legislazioni moderne così dominante, come lo era già nel diritto comune: onde oramai non occorre stabilirla e difenderla più fermamente, perchè ciò è stato fatto abbastanza, e perchè si è rinunziato alle massime opposte, che furono già vittoriosamente confutate. Sembra adesso prezzo dell'opera il formar piuttosto con esattezza le conseguenze della teorica, ed il mostrare, quali sieno a tenore di essa i requisiti della consumazione del furto. Il che pare che sia tanto più necessario, in quanto che alcuni de' nostri scrittori non si esprimono con la debita precisione in questo argomento, sul quale, anche recentissimamente, si sono affirmate delle proposizioni, che non si possono assolutamente giustificare. Il che è segnatamente accaduto in due ingegnose memorie di Zirker (3), che meritano di essere accuratamente considerate e confutate.

Nella teorica del pigliamento di possesso è riconosciuto, che per la consumazione del furto si richiede solamente, che il ladro abbia recato pienamente in suo potere la cosa, per appropriarsela,

(1) Nei motivi di questo articolo si dice, che la teorica carporiana dell'abblazione, lungi dal trovarsi espressa nelle leggi, sta in contraddizione con gli articoli 157 e 158 della Carolina, manca di ogni base razionale a quelle massime, con le quali la consuetudine forense cercò di risparmiare la pena di morte.

(2) Il Governo dice ne' suoi motivi, che il timore manifestato, che le parole *recata in suo potere* potessero far credere, che l'agente dovesse aver portato in salvo la cosa tolta, è tanto meno ragionevole, in quanto che la pratica ha già rigettato una tale opinione. L'articolo fu approvato senza alcuna avvertenza.

(3) V. Il giornale mensile di Sarvey per l'amministrazione della giustizia nel regno di Württemberg, t. III. p. 1 — 21. e p. 273 — 299.

ciò in suo possesso nel senso stretto, ossia nel suo possesso giuridico, e per tal modo ne abbia tolto il possesso al detentato. In questa idea concordano interamente i codici prenommati. Qui dunque tutto dipende assolutamente dai principj civili dell'acquisto e della perdita del possesso per via di pigliamento arbitrario. Anche i Romani applicarono questi principj a quel caso del loro *furtum ipsius rei*, nel quale una cosa altrui vien sottratta all'altrui detenzione (4). E siccome essi punivano il furto, come tale, solamente quando era consumato; così le massime, stabilite dalle fonti del diritto romano intorno alla consumazione di quel caso di furto, sono pienamente applicabili anche presso di noi per ritrovare i requisiti della consumazione del furto germanico.

Secondo i principj civili dell'acquisto e della perdita del possesso, il furto è consumato, tostochè il ladro, mediante un'azione positiva, ha escluso l'altrui disposizione del possessore attuale sulla cosa, e l'ha pigliata, e ridotta in suo potere con l'intenzion di appropriarsela. Imperocchè in questa guisa, a tenore dei noti principj, specialmente fermati dal Savigny sulla perdita e sull'acquisto del possesso, il possesso della cosa vien tolto a chi lo aveva avuto finora, e viene acquistato dal ladro. Da ciò si deducono i corollari seguenti.

1. Alla consumazione del furto non basta, che il ladro si sia solamente posto in possesso della cosa, ch'è vuol rubare. Imperocchè così egli non ha ridotto realmente la cosa in suo potere (5), nè l'ha sottratta in alcun modo al potere di chi vi ha diritto. Non è sufficiente neppure un semplice toccamento della cosa per parte del ladro. Sarebbe superfluo il dimostrarlo, perchè è confessato generalmente. Anche le semplici preparazioni al pigliamento della cosa, esempigrazia la rottura della cassa, onde il ladro vuol rubare, del pari che le preparazioni al levamento, quando il ladro non ha ancora pigliato la cosa, non sono sufficienti alla consumazione del furto. Quindi se un ladro penetra in una camera, rompe gli scrigni, che ivi si trovano, e dislen-

(4) E del pari nel caso, non appartenente alla nostra quistione, nel quale vien truffata dal detentore una cosa altrui.

(5) Non si dimentichi, che qui si parla dei soli spogliamenti arbitrari di possesso. Ciò che dicono le fonti intorno all'acquisto del possesso in conseguenza di una tradizione, non appartiene a questo capo.

de un panno, per mettervi dentro il danaro, che non ha ancora pigliato, e così involarlo; postochè sia sorpreso in questo momento, non esiste furto consumato di quel danaro.

II. Il ladro deve aver pigliato realmente la cosa, ed averla così pienamente ridotta in suo potere. E siccome col pigliamento di una cosa mobile va sempre congiunto fino ad un certo grado un levamento della medesima, o un movimento dal suo luogo; così può dirsi egualmente bene, che per la consumazione del furto si richiede, che il ladro abbia levato la cosa dal suo posto. Quindi in sì fatta guisa si esprimono le nuove legislazioni citate di sopra, e le fonti del diritto romano parlano *loco movere, tollere, amovere, auferre, ec.*

III. Ma anche il semplice pigliamento e levamento della cosa non basta. Il pigliante deve aver l'intenzione di appropriarsi la cosa, che ha pigliato, e levarla per tale scopo. Con che si spiega la L. 22. §. 1. D. *de furtis*. « *Si eo consilio ar-  
ca refracta sit, ut uniones putat tollerentur, hique furti faciendi causa contr-  
clati sint, eorum tantummodo furtum  
factum videri; quae est eorum. Nam  
caeteras res, quae seponuntur, ut ad uniones perveniantur, non furti faciendi  
causa contrahantur.* »

Per la stessa ragione il furto non è consumato, se taluno rompe un armadio ripieno di vesti, e nell'intenzione di rubarne alcune, che gli convengano meglio, le distacca tutte, e le getta sul pavimento, per farne la scelta, e vien sorpreso in questo momento. Imperocchè egli non aveva ancora avuto la decisa intenzione di ritenere alcuna di quelle vesti, e di niuna aveva perciò acquistato il possesso. Mancò sulle singole cose il necessario concorso dell'elemento subiettivo con l'obiettivo, e l'azione non fu che una preparazione a rubare. Nella medesima guisa vuolsi decidere il caso, riferito da Zirkler nelle citate memorie, nel quale s'immagina un ladro, che non avendo potuto trasportar lungi un pesante cofano, lo trascinò dal pianterreno di una casa in un prossimo giardino: ed ivi lo aperse, e ne trasse tutte quelle cose, onde si potea caricare. *Postochè egli non avesse che l'intenzione di trascinare quel continente nel giardino, per ivi appropriarsi solamente una parte del suo contenuto*, è chiaro, che non volle involare il cofano, nè le cose lasciate: rispetto alle quali non esiste perciò neppure un furto tentato, sebbene obiettivamente nulla manchi alla consumazione

del delitto, lo bensì troverei molta difficoltà a desumere, come vuole Zirkler, dalla natura dell'atto, che il ladro non volesse rubare il cofano, e l'intero suo contenuto, e che perciò, in difetto di prova ulteriore, si dovesse in questo rispetto assolvere. Imperocchè l'azione, qual si presenta, accesa decisamente il ladro di avere avuto l'intenzione di appropriarsi il cofano con tutto il suo contenuto, e di aver poi abbandonato le cose lasciate, perchè non gli andarono a genio, o perchè gli parve pericoloso l'andar più oltre con tutto il fardello.

IV. Se il ladro ha pigliato realmente la cosa con l'intenzione di appropriarsela, il furto è consumato. Imperocchè col ridurre la cosa mobile in suo potere, e col torre a colui, che finora la possedeva, la possibilità di riprodurre ad arbitrio sulla medesima gli atti di quella potestà, che vi aveva per lo innanzi esercitata, il ladro ha acquistato il possesso, che il derubato ha perduto, e null'altro si richiede per la consumazione del furto. Che che avvenga in seguito della cosa involata, o il ladro sia sorpreso con essa, o multi poscia il proprio pensiero, e la getti via, ciò non influisce menomamente sulla quistione della consumazione del furto.

Questo è il principio, che stabiliscono le nostre moderne legislazioni germaniche in conformità col diritto comune. Sembra bensì dominare una qualche incertezza nell'applicazione di sì fatto principio ad alcuni casi, dei quali diremo qualche parola.

1) Se il ladro si trova nel luogo della commessa rubagione, il quale appartenga al derubato (sia la sua camera, la sua casa, od il suo giardino), ma pure ha levato nel detto modo e ridotto in suo potere la cosa; il furto è consumato, ancorchè il rubatore fosse ivi arrestato, od ivi gettasse via per timore gli oggetti, che aveva tolti. Questa proposizione non è oppugnata, per quanto io mi sappia: dagli aderenti alla teorica del pigliamento di possesso, ed è ammessa in generale ancora da Zirkler.

2) Che il ladro sia stato nell'idea di portar via la cosa, non è necessario, nel caso preaccennato, alla consumazione del furto. Egli in fatti ha, mediante il pigliamento della cosa, tolto al derubato il possesso, e lo ha acquistato per sè: e qualunque altro atto, ch'ei faccia, non è di alcun rilievo pel furto già consumato. Quindi se il ladro s'è già intascato il danaro, o ha versato in un sacco, che si era portato seco, le cose, che vuol ri-

bare; il furto è consumato, ancorchè il rubatore fosse arrestato nel momento con gli oggetti involati. E di ciò conviene anche Zirkler nelle citate memorie, almeno per gli esempj, che riferisce.

3) Or se il ladro nel luogo del furto ha affardellato le cose entro un sacco, che non aveva portato seco, ma che è proprio del derubato, non si dovrebbe per le stesse ragioni pensare, che il furto fosse consumato ancora in questo caso, come nel precedente? Inoltre se il ladro piglia; leva, e pone da parte alcune cose, con l'intenzione di ritenerle, e di portarle via in seguito, ma prima di ciò vuol pigliarne dell'altre per portarle via insieme; se per esempio da un armadio di vesti, dal quale vuole involare tutto il contenuto, ne ha distaccate alcune, e le ha abbaltate per torsele, e mentre vuol prender le altre, che si ritrovano in quel continente, è sorpreso; non avremo un furto consumato rispetto alle cose levate, e poste da parte? E non è lo stesso, se il ladro ha già legato insieme le cose, per portarle via poscia, ma le lascia stare, o perchè viene colto *in flagranti*, o per qualche altro motivo? Non si dovrà giudicare nel medesimo modo il caso, in cui il ladro abbia pigliato nella casa del derubato una cosa per involarla, e l'abbia nascosta in un angolo del quartiere, per torsele in più propizio momento?

E da credere, che chiunque ammette le superiori premesse debba ancora in tutti questi casi riconoscere un furto consumato. Ma ciò appunto vien negato da Zirkler nelle citate memorie. E l'opporvi alla sua opinione sembra essere di tanto maggiore importanza, in quanto che negli Stati, in cui la teorica del pigliamento di possesso è stata introdotta di fresco, o sanzionata di nuovo, si dovrà formare una pratica determinata su di tali quistioni.

Nella prima delle dette memorie Zirkler dice così (p. 3. e seg.): « Il pigliamento della singola cosa è sufficiente, quando si ha l'idea d'involare solamente quella, e di trasportarsela al » trova: ma non è così, quando non si » fa che porre da parte la cosa entro il » recinto del derubato, senza intascarla, » perchè si voglia prima cercare altre » cose, nell'intenzione di portarle via » tutte insieme, . . . Alla consumazione » del furto non basta il semplice affar- » dellare, che cagiona al proprietario » solamente un disgusto, appena valu- » tabile per sua ingiuria, ma niun pre- » giudizio, che si possa considerare co-

» me disposizione de'suoi averi. Il la- » dro, che si ritrova ancora nella casa, » deve essersi di già caricato della cosa, » nell'intenzione di trasferirla in al- » tro luogo, per modo che debba esser- » gli ritolta, suo buon grado, o per for- » za; o deve averla intascata, o messa » in un sacco di sua pertinenza, il quale, » quando sia rimasto, si debba almeno » vuotare dal danneggiato, per ripren- » dere il possesso. Sarà da dire altrim- » menti, quando il ladro incominci tosto » a sottrarre alla custodia del derubato » le singole cose pigliate, gettandole fuo- » ri della finestra, per potersene più co- » modamente e sicuramente caricar sul- » la strada di notte tempo, o portandole » anche in un luogo della casa derubata, » del quale non abbia cognizione che il » ladro. Quel getto arbitrario delle cose » rubate produce la consumazione del » delitto anche per un'altra ragione; per- » chè cioè, non essendovi detentore as- » sennò, che possa creder così di con- » servare la cosa posseduta, il getto equi- » vale ad una disposizione di averi, alla » quale è autorizzato il solo proprieta- » rio ».

Lo stesso scrittore si esprime nella se- » conda memoria (p. 278 e seg.) anche più » chiaramente su di questa teorica, la qua- » le, se fosse giusta, sarebbe di grande im- » portanza per la consumazione del furto. » Alla consumazione del furto si richie- » de un atto di *trasportazione* dal luogo, » che sottopone la cosa alla custodia ed » alla disposizione del derubato, *verso » il luogo*. In cui il ladro intende di re- » carla, e che è sottoposto alla sua pro- » pria disposizione. Questo trasporto non » dee solamente esser possibile, ma an- » cora cominciato per modo, che occor- » ra solamente di continuarlo per arri- » vare allo scopo finale del furto, ad ef- » fetto che il delitto si possa considerar » consumato. Tittmann in questo propo- » sito va ancora più oltre, in quanto che » egli ammette per necessario, che la » cosa sia stata portata fuor del recinto » del derubato. Basta per altro che il » ladro, presupposta la sua ferma vo- » lontà di portarsi via le cose, le abbia » affardellate, se ne sia caricato, o le ab- » bia poste in un continente *di sua per- » tinenza*; o sia poi stato sorpreso ed » inpedito di estrarle dalla soglia, o, » spaventato da qualche rumore, sia sta- » to determinato a gettarle, e fuggire. » Allora in fatti la originale e caratte- » ristica *contractatio*, nel senso del no- » stro diritto comune, appartiene alle » cose fatte, e non a quelle da farsi; per-

» ch'è stato già eseguito un loco more-  
» re, cuius finis est rem eo perferre, quo  
» destinaverat: ed il portar quelle cose  
» più oltre non fa che agevolare la pro-  
» va dell'intenzione ».

Se si ricercan le basi di questa dottri-  
na, la quale, per quanto almeno a me  
sembra, contiene una falsa dichiarazione  
ed applicazione della teorica del pigliamento, troviamo addotte, oltre le già  
riferite, anche le ragioni seguenti (1).  
« Il possesso delle cose, che si trovano  
» nella casa del derubato, nella così det-  
» ta custodia e nel recinto di lui, non ri-  
» mane alterato per mutazione in esse  
» di luogo, ancorchè egli noi sappia: e  
» quindi il derubato, che sopravviene  
» in questo momento, ha solamente d'uo-  
» po di correre addosso alla persona del  
» ladro, e non di riprender possesso del-  
» le proprie cose. Il furto in fatti non è  
» ancora consumato, quando il ladro,  
» per timore di essere scoperto, nas-  
»conde semplicemente le cose pigliate  
» in un angolo della casa, con animo di  
» riprenderle in più favorevol momento,  
» qualunque possa dipender dal caso,  
» che il detentore scorga le cose rimosse,  
» prima che il ladro ritorli ad impa-  
»dronirsene. Secondò l'assioma del pos-  
» sesso esclusivo non si può fare a meno  
» di decider così; perchè è massima di  
» diritto, che il precedente possesso del  
» detentore perduri, fintantochè la cosa  
» si trova ancora in sua casa, ne sappia  
» egli, o ne ignori il luogo, come accade  
» sovente negli oggetti smarriti, che non  
» si sono adoperati da lungo tempo: Al-  
» trimenti bisognerebbe ammettere due  
» possessori contemporanei della mede-  
» sima cosa ». Poco prima di questo pas-  
so l'autore dice ancora (2) « che l'affar-  
» dellare e il legare insieme ciò che uno  
» si propone di rubare, è una semplice  
» preparazione del furto, per la quale il  
» ladro si pone in grado di recare la co-  
» sa, mossa dal suo luogo, in proprio  
» potere, e di sottrarla alla disposizione  
» del derubato. Il mettere in pronto le  
» cose pigliate, mentre il ladro vuole  
» involarne dell'altre, è una semplice  
» preparazione all'impadronirsene: e sic-  
» come l'obbietto del furto non è qui con-  
» stituito da cose singolari, ma da un  
» complesso determinato, o indetermina-  
» to di cose, dovrebbe considerarsi  
» come una unità giuridica, o quantitas  
» continua. Il sostenere, che in un caso  
» simile ogni singola cosa è rubata per

» via del semplice pigliamento, è dun-  
» que una *petitio principii*; perchè ciò  
» non è vero, quando l'intenzione del  
» ladro è diretta più oltre, e perchè l'o-  
» bietto concreto del furto determina in-  
» sieme la misura di tempo, onde rico-  
» nosciamo, se l'atto delittuoso fu sola-  
» mente incominciato, o già terminato ».

In tutto questo si scorge il vero singo-  
larmente confuso col falso. Anzi tutto  
noi noteremo le contraddizioni, che qui  
si trovano accumulate, con le quali Zir-  
kler ha propriamente distrutto la sua  
intera argumentazione.

Se il ladro pone prima da parte alcu-  
ne cose, pigliate con l'intenzione di ri-  
tenerle, per rubarne dell'altre, tutto ciò,  
che egli volle rubare, dee considerarsi  
come unità giuridica, per modo che, se  
egli è sorpreso avanti di aver terminato  
la disegnata rubagione, si presenta un  
semplice tentativo; mentre, se si è inta-  
scata una parte delle cose furtive, o se  
n'è caricato, il furto dee riputarsi con-  
sumato, ancorchè il ladro non avesse  
preso tutto quello, che voleva involare;  
con che si vien qui a rinunziare al pen-  
siero della giuridica unità dell'insieme  
delle cose, onde il ladro si propone d'im-  
padronirsi. Di più, mentre il semplice  
affardellare e legare insieme di ciò, che  
si vuol rubare, si chiama una mera pre-  
parazione del furto, con la quale il ladro  
si mette in punto di recare in suo potere  
la cosa, e di sottrarla alla disposizione  
del derubato; in altri passi (per esem-  
pio a p. 6) si dichiara, che il furto si  
consuma col solo affardellare, se l'in-  
voglia era stata portata dal ladro. Inol-  
tre alla consumazione del furto non ba-  
sta, che il ladro abbia pigliato la cosa,  
e l'abbia nascosta in un angolo del quar-  
tiere; mentre poi dee bastare, che egli  
se la sia intascata, o l'abbia posta in una  
corba o in un carretto di sua pertinenza,  
ancorchè venisse sorpreso sul fatto.  
Nè questo è tutto. Il furto è solamente  
tentato, ed il possesso non è acquistato  
dal ladro, finchè questi possa essere di-  
scacciato senza la cosa rubata; mentre  
nel medesimo tempo si afferma, che il  
furto è consumato, sabbietto che la cosa sia  
posta dal ladro in una corba, o in un  
carretto di sua pertinenza; o sabbietto  
egli spinge fuor della stalla la vacca al-  
trui, benchè sia manifesto che anche in  
questi ultimi casi può venir discacciato  
senza le cose rubate. Zirkler in fatti non  
esige in alcun luogo, che il ladro si sia  
già posta la corba sulle spalle, o si sia  
affacciato al carretto per partire, o sia  
salito addosso alla vacca, spinta fuor

(1) l. c. p. 5. e seg.

(2) l. c. p. 8. e seg.

della stalla. Oltretutto si dice a p. 281, « un loco motus nel senso giuridico non » è ancora avvenuto, fintantochè il ladro non è all'ordine, ed in atto di muoversi, e che non si verifica quando egli ha tolto solamente alcune cose, e ne vuole involare dell'altre. Ma prescindendo dal considerare, che nè le nostre fonti, nè la natura della cosa richiedono, che il ladro sia in atto di muoversi, Zirkler pure concede, che sia consumato il furto delle cose caricate, od intascate, sebbene il ladro volesse rubare qualche altro oggetto, e perciò non fosse ancora allestito. Di più Zirkler afferma (p. 28) in proposito del sovenuto, che il furto esempligrazia non è consumato quando il ladro ha sciolto la vacca nella stalla, tuttochè siasi così messo in grado di partire con quell'animale: ma solamente allorchè lo spinge fuori della stalla medesima. Eppure in amendue i casi il ladro è parimente pronto, ed in procinto di muoversi, ed ancora Zirkler ammette, che il furto è consumato, toltocchè il ladro è in atto di partire con la cosa pigliata.—Ma indipendentemente da queste contraddizioni, le ragioni di Zirkler si possono ad ogni modo confutare.

Zirkler concede (p. 10, 281. e seg.), che nella presente questione tutto dipende dal vedere, se il ladro, a tenore dei principj civili, abbia acquistato il possesso della cosa, e il derubato lo abbia intieramente perduto. Concede ancora, che, quando il ladro s'è intascata la cosa, e l'ha posta in un abito, in un caustro, o in un carretto di sua pertinenza, esiste il detto requisito, ed il furto è perciò consumato. All'opposto sostiene, che non si presenta un furto consumato, ma un semplice tentativo, quando il ladro ha solamente pigliato ed affardellato la cosa nel luogo del delitto, con l'intenzione di appropriarsela e di portarla via, o fintantochè l'ha posta da parte ad effetto di rubare dell'altre cose, o l'ha messa dentro un canestro od un sacco appartenente al derubato, e l'ha così apparecchiata per recarsela altrove.

L'affermare, che la consumazione del furto dipenda dall'esser del ladro, o del derubato, il sacco, o il canestro, in cui sia posta la cosa, è proposizione, che non abbisognerà di una seria confutazione. Per trovar giusta sì fatta differenza, farebbe d'uopo asserire, che la corba del derubato, la quale si trova nelle mani del ladro, rappresenti il proprio padrone, e continui in suo nome il possesso delle cose in essa collocate? lo dunque

mi occuperò solamente delle due capitali ragioni, che servono di fondamento a tutta quanta l'argomentazione di Zirkler.

Una delle medesime è questa. Quando il ladro vuol rubare una serie di cose (esempligrazia il contenuto di tutto un armadio), ne piglia alcune, e le mette da parte, per rubarne dell'altre, esiste un semplice tentativo, perchè in tal caso l'intero complesso delle cose, che il ladro voleva rubare, forma l'obietto del furto, e dee riputarsi come unità giuridica. Qui si stabilisce un caso affatto nuovo di *universitas juris*, del quale l'autore non ha offerto neppure un fumo di prova. E le nostre fonti dimostrano, che i romani giuristi non pensarono, nemmeno per sogno, ad una tale *universitas*. Nella mente di essi non cadde giammai neppure il dubbio, che, quando un ladro voleva rubar molte cose, e veniva disturbato dopo che ne avea ridotte la sua potere solamente alcune, non si presentasse a riguardo di queste un furto consumato. Egli viceversa disputarono, se fosse debitore di furto consumato del totale il ladro, che s'impadroniva solamente di una parte di un ammasso di cose: ed i più antichi lo affermarono, mentre i posteriori si dichiararono a buona ragione contro questo principio (1). Ma dato ancora, che tutte le cose, a cui tende il piano del ladro, formassero una *universitas*, o che il suo disegno si dovesse considerare per un insieme giuridico, qual favore da ciò deriverebbe alle affermazioni di Zirkler? Non si può forse consumare un furto sopra una parte di una *universitas*? Ed un delitto non può essere intieramente consumato, ancorchè il piano del delinquente non sia stato recato compiutamente ad effetto? Niente, per quanto io mi sappia, ha negato l'uno o l'altro: e mi par molto difficile, che voglia negarlo Zirkler. Egli anzi lo ammette espressamente, quando il ladro si è già intascate alcune delle varie cose, che vuol rubare e lo ammetterà ancora maggiormente, quando il ladro è discacciato, e fugge con una parte dell'intero, che voleva rubare. E se egli concede questo, è impossibile supporre, che qui si tratti di una *universitas rerum*, per cui col semplice metter da parte o legare insieme alcune delle suddette cose il furto non sia consumato.

So bene, che il nostro autore cerca di stabilire la base della sua affermazione

(1) L. 21. pr. §. 5. 6. D. de furtis.

anche su di un altro punto. Egli sostiene, che il ladro non ha ridotte in proprio possesso le cose, che pose da parte, o collocò dentro il sacco, o il canestro del derubato; che questa è meramente una preparazione dell'acquisto di possesso, il quale per altro non è stato in simili casi acquistato dal ladro, nè perduto dal derubato. « Imperocchè per » l'acquisto del possesso, oltre la potenza e l'intenzione, si richiede ancora » l'elemento spirituale della tranquilla » coscienza dell'impero esclusivo sopra » la cosa, alla qual coscienza va sempre » congiunto il carattere di una permanenza terrena, per via di volontaria riproduzione (1); e nemmeno colui, » che ha finora posseduto la cosa, ne ha » perduta nel detti casi il possesso ».

Ma nè i principj sopra la perdita, nè quelli sopra l'acquisto del possesso favoriscono la teorica di Zirkler. All'acquisto del possesso appartiene senza contrasto fra le altre cose anche la coscienza d'un impero fisico illimitato sopra l'oggetto (2). Ma una tal coscienza non può esistere, nei casi figurati da noi, ancora nel ladro? Anzi non esiste di fatto? Forse qualcuno dei nostri moderni civilisti sosterrà, che manchi al ladro quell'impero sulla cosa, che è necessario al possesso, e quella coscienza di sì fatto impero, che si richiede a questo effetto, quando il ladro medesimo ha realmente pigliato le cose, e le ha poste da parte, ma prima di esser pronto col resto le accomoda acconciamente, o le lega insieme in un involto? Non si può per avventura citare alcun passo delle nostre fonti, che accennino altrimenti. Di più la natura della cosa non permette, che se ne muova controversia. Quando uno ha pigliato una cosa mobile, e la tiene in mano, l'ha certamente nel suo impero esclusivo ed in suo potere, e non è privo della coscienza di questo impero. Niuno lo vorrà negare, e nemmeno Zirkler lo rinvocherà in dubbio. Ma concesso una volta questo, bisogna, per esser conseguenti, concedere anche tutto il resto. Col pigliare la cosa, e col tenerla in propria mano, si è già acquistato il possesso della medesima. Ciò che avviene di poi non può avere effetto retrorattivo, nè fare, che non sia avvenuto l'acquisto avvenuto. Se taluno ha in mano nella detta guisa la cosa, e piglia un sacco, che si trova nel luogo, e ve la mette dentro

con altre, per portarle via dopo, o se la pone allato, per involarla tra poco insieme con altre; è chiaro che l'impero acquistato persevera (3). Il Savigny stabilisce a ragione, che la possibilità di operare ad arbitrio sopra la cosa per parte di colui, che vuole acquistare il possesso, dee potersi riguardare come immediata e presente: ma questo requisito si presenta pienissimo nel nostro caso. Il ladro per vero dire non ha alcuna guarentigia della durevolezza di quella possibilità, e con la sua coscienza non andrà congiunto il carattere di una permanenza terrena per via di volontaria riproduzione. Ma niuna legge richiede ciò per l'acquisto del possesso. Se le leggi esigessero qualche cosa di simile, gli acquisti di possesso sarebbero rari, e le fonti cadrebbero in grossolane contraddizioni; perocchè nella maggior parte dei casi, che le fonti adducono, come esempj d'acquisto di possesso, si fatto carattere non si trova. Anche nelle fattispecie riferite da Zirkler ad esempj di furto consumato, e perciò di acquisto perfezionato di possesso (come quando il ladro si è caricata la cosa, o l'ha posta nel suo canestro, o carretto) il ladro non possiede una tranquilla coscienza del suo impero sopra la cosa, e molto meno a quella coscienza va congiunto il carattere di una terrena permanenza per via di volontaria riproduzione.

A porre in sodo quanto abbiamo detto, si potrebbe ricorrere ad una serie di passi delle nostre fonti, e segnatamente a quelli, che parlano del furto manifesto. Ma qui basterà contemplare la l. 24 p. D. de furtis. «... Si quis armarium quod tollere non poterat, operuerit, et omnes res, quae in eo erant, contraxerit, atque ita discesserit, deinde reversus unam ex his abstulerit, et antequam se recipiat, quo destinaverat, deprehensus fuerit; eiusdem rei et manifestus, et nec manifestus fur erit ». Questo passo non bisogna certamente parafrasarlo, come ha fatto Zirkler (p. 287), il quale crede, che abbia un senso oscuro, e che si debba interpretare così: « Chiunque ha » vuotato un armadio, ed intimorito dal » rumore ha lasciato in abbandono le » cose, che aveva prese per portarsene » via, come si dovrà specialmente pre- » sumere, quando vengono poi ritrovate

(1) Zirkler l. c. p. 285.

(2) Savigny Dittina del possesso. §. 18, seconda ediz. p. 269.

(3) L'opinione di Zirkler sarebbe giusta, se si potesse affermare, che il ladro col mettere la cosa pigliata in un sacco del derubato, o col parlar provvisoriamente da parte, ne perdesse di nuovo il possesso.

» sulla direzione della porta di casa, ha  
 » già commesso un *furtum nec manifestum*. Ma se riuutosi da quel timore  
 » torna indietro con coraggio, e viene  
 » effettivamente sorpreso, mentre ha avuto il tempo di pigliare una sola di  
 » quelle cose, gli si potrà imputare a riguardo della medesima un *furtum manifestum*: e l'intenzione esternata  
 » di volersi impadronire di tutte, non lo renderà *fur manifestus* del totale,  
 » perchè in generale non è immaginabile un furto senza *contractatio* » (1).

Ulpiano non accenna, nemmeno remotamente, le circostanze interpretate da Zirkler nella prima parte del passo, dall'insieme del quale non si può desumere, che il romano giureconsulto le immaginasse. Qui si dice semplicemente, che quando taluno apre un armadio, e *contractat* tutte le cose, che vi si trovano (cioè le prende *animo furandi*, o, se piacesse più, le rimuove dal posto — Conf. L. 3. §. 18. D. de acq. vel. om. posses.), ma nel luogo del furto (e così nel recinto del derubato) le pone da parte, e le lascia stare, e si ritira; ha commosso sulla totalità delle medesime un *furtum nec manifestum* (2). — Ulpiano qui non esige, che il ladro si carichi le cose, nè che le occulti in un sacco di sua pertinenza, nè che le porti via, nè, come pensa Zirkler, che fosse in procinto di partire con esse: esige solamente, che *contractaverit atque ita* (cioè dopo la *contractatio*, ma senza le cose) *discesserit*. — Se poi, prosegue Ulpiano, il ladro ritorna nel luogo del furto, e porta via una di quelle cose, ma vien sorpreso prima di averla recata dove avea destinato; ha commesso ad un tempo sn di questa cosa un *furtum manifestum*, perchè fu colto con essa, ed un *furtum nec manifestum*, perchè l'avea già rubata insieme con le altre nella prima *contractatio*, senza che in questa venisse sorpreso (3).

(1) Zirkler, per sostenere questa parafrasi, ricorre a Nerius *Analect.* 1. 16. Otto *Thesaur.* 1. 11. p. 347. Ma quello scrittore dà una semplice e ginata interpretazione del passo, che non è quella di Zirkler.

(2) Che questa fosse l'idea d'Ulpiano, risulta incontrovertibilmente dalle parole finiti del passo.

(3) È indifferente, che le *res contractatas* la prima volta fossero in tanta quantità, che il ladro non le potesse portar via tutte in un solo momento. Il passo ha ragione di non distinguere il caso, in cui solamente agui singola cosa fosse tale, che il ladro la potesse tollerare e loco movere. La sua intenzione può ancora essere stata di portarle via a poco a poco.

Anche Klien (4) dà presso a poco la medesima spiegazione. « Se il ladro « nota « un armadio, e tutte le cose, che ivi si « ritrovano, pone ad una ad una da parte, per toglierle in avvenire, e poi ritorna ed luovola una delle medesime, « ma prima di arrivare al suo ricovero « è arrestato; è deciso, che per questa « cosa egli si considera nello stesso tempo come *fur manifestus*, e come *fur nec manifestus*. Dal che seguita palesemente, che il furto era già consumato, quando il ladro ebbe poste da parte le cose per tornare a prenderle, e se ne andò a casa senza averle pigliate ».

Da questo passo risulta, che il ladro acquistò il possesso della cosa, tosto che la pigliò con intenzione furtiva, ancorchè la ponesse da parte nel luogo del furto, nè fosse in procinto di partire (5), o per qualche motivo la lasciasse del tutto stare: e si deduce perciò nel modo il più chiaro, che le nostre leggi non richiedono per l'acquisto del possesso il carattere di una permanenza terrena della coscienza dell'impero nel senso di Zirkler.

Ma fintantochè (dice Zirkler a p. 5, e a p. 282 e seg.) la cosa pigliata dal ladro rimane nella casa, o nel giardino del derubato, questi continua corporalmente nella casa, o nel giardino del derubato, questi continua corporalmente a possederla per mezzo del suo impero domestico; onde nei casi citati il ladro non ha potuto divenir possessore della cosa, perchè la possiede il derubato, e due persone non possono possedere ad un tempo la medesima cosa.

Questa argomentazione, come già quella di Tiltmann, sembra dipendere dal non aver bene inteso i principj del nostro diritto civile intorno alla durata del possesso. Il possesso delle cose sono nella casa del possessore, non rimane certamente alterato solamente perchè vengano mutate di posizione, anche senza sa-

(4) Revisione ec. p. 254.

(5) Quando Zirkler ricorre a certi testi, come alla L. 57. D. de furtis (*Si cretas fodientes causa specum quis fecisset, et cretas abstulisset, fur est, non quia fodisset, sed quia abstulisset*) gli si possono opporre due osservazioni. Primariamente, seconda le affermazioni del nostro contraddittore, proverebbero troppo, e però non provano nulla. Nemmeno egli in fatti asserisce, che per la consumazione del furto sia necessario, che il ladro abbia portato via la cosa. In secondo luogo il diritto romano parla ancora di un furto consumato *earum rerum, quas quis non abstulit*. L. 21. §. 10. D. de furtis.

puta di lui: come quando il servitore, per ripulire la camera, pone la cosa in un altro luogo. Nè il possessore perde il possesso delle cose, benchè le abbia smarrite in sua casa per modo, che non le possa ritrovare. Ma questi principj riconosciuti che valgono contro le nostre asserzioni, o a pro di quelle di Zirkler? Questo scrittore sembra aver dimenticato, che i detti principj sono applicabili, solamente quando per parte di una terza persona non è intervenuto nulla di contrario, e che i passi relativi vogliono semplicemente significare, come il possesso vada perduto senza l'opposta influenza di un altro, od anche si conservi in un certo caso, in cui si fatta influenza non esiste, ad onta di altre ragioni, che stanno in apparente contrasto (1). Ma le nostre fonti non dicono menomamente, che, se taluno ha pigliato *autum furandi* nella casa del possessore le cose di lui, il possesso del derubato rimanga intatto, e continui per mezzo dell'impero domestico. In questo proposito basterà rinvviare i lettori alla dichiarazione del Savigny (2), riconosciuta come autorevole ancora da Zirkler: e per soprappiù si potrebbe addurre la già riferita L. 21. pr. D. de furtis, la quale ammette affatto generalmente un furto consumato sopra le cose, che *quis contraclaverit atque ita*, cioè lasciandole sul luogo, *discesserit*.

Zirkler sembra credere (p. 9. 10.), che la sua teorica, la quale abbiamo cercato di confutare, sia professata ancora da Mittermaier nelle note agli elementi di Feuerbach; che si può considerare oggidì come riconosciuta; e che nel regno di Württemberg ha seguitato, salvi pochi deviazioni, a regnar nella pratica. Che la pratica di Württemberg sia conforme a questa teorica, io ne potrei grandemente dubitare: e sembra che simili dubbj sieno venuti più tardi anche a Zirkler (3). Per quanto in fatti possa essere avvenuto, che alcuni tribunali abbiano tenuto dietro all'antico principio, da ciò non sarebbe dato desumere alcuna buona ragione a pro del nostro avversario. È poi decisamente falso, che la teorica, difesa da lui, sia generalmente riconosciuta oggidì. Io mi permetto

di rinviare i lettori a Klien, che nelle memorie di Zirkler fu onninamente dimenticato, e le cui dimostrazioni non furono, per quanto è a mia notizia, combattute da alcuno scrittore. Finalmente si potrebbe assai dubitare, che della stessa opinione di Zirkler sia Mittermaier, sebbene questo criminalista non si esprime per avventura con tutta l'esattezza nel luogo contemplato (4).

4) A tenore degli esposti principj si decide ancora un altro caso, che si presenta non di rado, del quale trattano espressamente le nostre fonti, e che da Zirkler è stato esaminato in un modo non conciliabile con le regole generali, nè con le risoluzioni particolari del testo. Il caso parla di colui, che volendo rubare l'erba di un prato, o i frutti d'un campo, ha già segato una parte della prima, n tagliato i secondi, ha posto da parte sul campo medesimo quella o questi, per portarli via, e da una sorpresa inaspettata; o da qualche altro motivo, è poi determinato ad abbandonare ciò che aveva messo da parte. Rispetto a ciò, che era stato posto da parte, per portarlo via, si tratta qui di un furto compiuto, o solamente tentato? Zirkler afferma il secondo. Egli pensa (5), che « un » chiari passo delle nostre fonti presuppone, per potere intentare l'*actio furtiva*, che non solamente sieno state messe tutte le biade al proprietario, ma che » questi fosse ancora sul punto di raccoglierte: che il semplice mietere, come » guasto della raccolta, abbia per sola » conseguenza l'*actio legis Aquiliae*, quando le biade non eran mature, o quando » il proprietario abbia sofferto qualche » altro danno ». Egli se ne appella principalmente alla L. 27. §. 25. 26. D. ad L. Aquil., osservando, « che se pel furto » bastasse, oltre l'intenzione furtiva, » qualunque usurpazione di cosa altrui, » appena sarebbe immaginare un caso,

(1) Mittermaier nelle sue note agli elem. di Feuerbach §. 317. dice la fatti così: « Percorrendo io è solamente giusta quella opinione, che è riconosciuta consumato il furto, quando il ladro rimuove la cosa dal luogo, dove il derubato ha custodia, e l'ha presa in modo, che è sottoposta alla disposizione del ladro, e sottratta a quella del derubato ». Questa espressione non è forse esattissima: ma dai passi delle fonti, e dalle autorità, che Mittermaier cita, risulta chiaramente, che egli pure null'altro esige per la consumazione del furto, che il pigliamento di possesso per parte del ladro.

(5) l. c. p. 14.

(1) L. 3. §. 13. L. 41. conf. con la L. 28. pr. D. de acquir. vel om. possess.

(2) l. c. §. 31. p. 397. e seg.

(3) V. la seconda delle citate memorie a p. 273, dove dice l'autore, che la contraria opinione è difesa da molti dei nostri pratici, e che il numero dei dissidenti è maggiore di quel che egli avrebbe creduto.

» che designasse questo delitto meglio  
» dell'atterramento del legname desti-  
» nato al taglio, senza che ne provenga  
» al proprietario alcuna ingiuria; che  
» quindi appena sarebbe stato necessa-  
» rio far menzione dell'*actio arborum*  
» *furtim caesarum* accanto all'*actio furti*,  
» giacchè con la prima non si giugne a  
» conseguire nulla di più. Il motivo, per  
» cui venne menzionata, si fu, che quan-  
» do l'agente non era andato più oltre,  
» ed il taglio era stato fatto occultamen-  
» te, e senza saputa del padrone, si po-  
» leva proporre solamente l'*actio arbo-  
» rum furtim caesarum*, benchè l'inten-  
» zione fosse stata di rubare ». E qui si  
cita la L. 8. §. 2. D. *Arbor. qurt. caes.*

Questo sviluppo contiene delle presup-  
posizioni, che mancano veramente di  
base, ed una interpretazione delle fonti  
citte, che non si può giustificare. L'*actio*  
*arborum furtim caesarum* servì certamen-  
te di compimento al sistema relativo al  
*furtum*. Se taluno aveva tagliato alberi,  
e non si dimostrava il suo *animus furandi*,  
poteva almeno esser chiamato in giu-  
dizio con quell'azione: se aveva troncato  
gli alberi con l'*animus furandi*, ma non  
si era per anco impadronito di essi, non  
si poteva nemmeno allora proporre un'  
*actio furti*, perchè il *furtum* era sempli-  
cemente tentato. Anche in questo caso  
adunque l'*actio arborum furtim caesarum*  
serve di compimento. Si potrebbe dubi-  
tare per altro, se questo scopo, come  
sembra credere Zirkler, facesse nascere  
la detta azione: ma si fatta questione non  
è di alcun momento per la nostra ricer-  
ca. Sembra bensì, che i passi, citati da  
Zirkler, non sieno stati intesi bene da  
lui. Essi in fatti dicono semplicemente  
così. Se taluno mi miete le mie blade  
pienamente mature, o mi atterra l'al-  
bero, che era destinato al taglio, ma in-  
tende di lasciare stare le dette cose, io  
non posso proporre l'*actio ex lege Aquil-*  
*ia*, perchè non ho sofferto alcun danno,  
e mi sono state anzi risparmiate le spe-  
se della mietitura e della tagliata. Ma  
se egli miete e taglia, e poi si prende le  
cose mietute e tagliate, e le riduce in suo  
potere con l'intenzione di ritenerle, in  
tal caso ha commesso un *furtum*. Ciò  
concorda pienamente col principj, che  
ho esposti di sopra; perocchè vien rico-  
nosciuto così, che, quando l'agente ha  
ridotto in suo potere la cosa, con l'inten-  
zione di ritenerla, il furto è consu-  
mato.

Nè di questo risultato si potrà dubi-  
tare, se prentiamo a considerare atten-  
tamente i testi citati. La L. 27. §. 25. D.

VOL. II.

de L. Aquil. dice: « Si olivam immaturam  
deceperit, vel segetem desueverit imma-  
turam, vel vineas crudas, Aquilia tenebi-  
tur; quodsi jam maturas, cessat Aquilia;  
nulla enim injuria est, quum tibi etiam  
impenas donaverit, quae in collectionem  
huiusmodi fructuum impenduntur. Sed  
si collecta haec interceptit, furti tenetur:  
Octavenus in uvis alijcit, nisi (inquit)  
in terram wasprojecit, ut effunderentur. »  
Qui tutto dipende dal determinare, co-  
me si debba intendere il verbo *intercipe-  
re*. Zirkler sembra credere, che signifi-  
chi portar via, e così involare la cosa al  
proprietario. Ma, come prova il §. 6.  
Inst. de oblig. quae ex del. nasc., e come  
hanno mostrato Schrader (1), ed altri.  
*intercipere*, vuol dire *quod alienum est  
sibi habere*, cioè appropriarsi l'altro: e  
così il luogo dice, che, quando l'agente  
raccolge le blade mietute, e se le ap-  
propria ( *si collecta haec interceptit* ),  
ha commesso un furto. S' intende poi,  
ch'el le abbia raccolte, e se le sia approp-  
riate, subitochè le ha pigliate dopo a-  
verle mietute, o le ha ammucciate per  
portarle via, o le ha legate in covoni  
per involarle.

Lo stesso dice il §. 26. della medesima  
legge: « Idem et si silva caedua scilicet, ut  
si immatura, Aquilia tenetur; quod si  
matura interceptit, furti tenetur eum, et  
arborum furtim caesarum ». Io non inten-  
do, come qui Zirkler possa dire, che il  
motivo, per cui è fatta menzione anche  
dell'*actio arborum furtim caesarum*, non  
fosse che questo: che cioè, quando l'agen-  
te non fece altro che atterrare, abbia  
luogo soltanto quest'ultima *actio*, ancor-  
chè egli avesse atterrato con intenzion  
di rubare. Il passo in fatti parla certa-  
mente di un caso, in cui non ha luogo  
soltamente l'ultima *actio*, ma in cui si  
possono tentare due azioni — *furti te-  
neri eum, et arborum furtim caesarum*. —

Il miglior commento di questo passo è  
contenuto nella L. 8. §. 1. 2. D. *Arborum  
furtim caesarum*. Il §. 1 dice: « *Furtum  
arborem caedit, qui clam caedit* ». Nel  
semplice tagliare non si trova dunque  
alcun furto. Ma che richiede di più il  
passo successivo, affinchè l'atto divenga  
un furto? Il §. 2. dice: « *Igitur si cacci-  
derit, et faciendi causa contractaverit, et  
etiam furti tenebitur lignorum causa* ». Poi  
furto dunque si esige, che la cosa taglia-  
ta *contractetur lucri faciendi causa*, e co-  
sì, come fu mostrato di sopra, che l'a-  
gente l'abbia pigliata, levata dal luogo,

(1) Nella 1<sup>a</sup> edizione delle *Institutiones* §  
383.

ed in tal modo ridotta in sua potestà (1). In conferma della nostra opinione dice lo stesso nella sua parte finale la L. 21. pr. D. de furtis: « *Sed ei qui segetem luce secat et contractat, etius quod secat, manifestus et nec manifestus fur est* ». Il qual passo, avuto riguardo a ciò che immediatamente precede, è molto bene interpretato da Klien in questo modo: Chiunque miete grano altrui in guisa furtiva, e se lo porta a casa a poco a poco, postochè sia sorpreso in uno di questi trasporti della messe già segata, prima che fosse arrivato dove si era proposto, vuolsi considerare, per via di questo trasporto, come *fur manifestus et nec manifestus*.

Da questa decisione testuale risulta pertanto, che rispetto a ciò, che il ladro ha mietuto, e messo da parte, per portarlo via a poco a poco, egli ha già commesso un furto consumato.

5) Se taluno con intenzione furtiva pone le mani su di una cosa, che egli non ha forza di portar via, non può consumare sulla medesima un furto. Essa in fatti equivale per lui ad un immobile. Egli può allora consumare un furto solamente su ciò, che ne separa, o ne slaccia, o su ciò, che ne cava, se essa era un continente; ed in questo caso il delitto è compiuto, appena il ladro ha tolto dal luogo l'oggetto con l'intenzion di appropriarselo. Ma se egli prende un continente, che si può portar via, avendo in principio l'intenzion di appropriarsi il tutto, e poi gli nasce l'idea di fare una scelta del suo contenuto; ha consumato il furto dell'intero continente, e d'ogni cosa, che ivi si conteneva, appena lo ha pigliato e levato dal posto con l'animo di ridurre il tutto in sua potestà, non ostante che più tardi lo abbia aperto, e, trattene alcune robe, abbia lasciato il restante. Su di che la L. 21. §. 8. D. de

*furtis* si esprime così: « *Si majoris ponderis quid aperuit, aut refregit, quod tollere non possit, non est omnium rerum cum eo furti actio, sed earum tantum, quas tulit, quia totum tollere non potuit. Proinde, si involucrum, quod tollere non potuit, solvit, ut contractet, deinde contractavit quasdam res, quamvis singulas res, quae in eo fuerunt, tollere potuerit, si tamen totum involucrum tollere non potuerit, singularem rerum, quos tulerit, fur est, ceterarum non est. Quod si totum vas tollere potuit, dicimus eum totius esse furem, licet solverit, ut singulas, vel quasdam tolleret: et ita et Sabinus ait* ».

Prendendo affatto alla lettera gli ultimi versi di questo passo, essi conterrebbero qualche cosa di specioso. Direbbero in fatti, che quando il ladro si può portar via l'intero continente, commette furto del totale, ancorchè non facesse che aprirlo, per involarne alcune cose. Queste parole intese così non sarebbero certamente contraddittorie ai principj, che governano la consumazione del furto nel suo rispetto obiettivo; ma presenterebbero una singolarità a riguardo dell'elemento subiettivo della essenza di fatto. Se non che non si vuole ammettere nemmeno questa singolarità, come senso del passo. Prescindendo dal considerare, che Ulpiano, a cui appartiene il frammento, si contraddirebbe così seco stesso, e coll'inserzione di questo luogo si sarebbero posti anche i compilatori in contradizione coi passi successivi (sempigrazia con la L. 22. §. 1. D. de furtis); sembra da tutto l'insieme, che dopo il *tollere potuit* si debba ripetere *et contractavit*, e che la detta particola debba perciò interpretarsi così: « Se egli » poté levare dal posto l'intero continente, e lo ha pigliato per appropriarselo; ha commesso un furto, ancorchè » dopo lo aprisse per vederne il contenuto, e per ritenerne solamente una » parte ».

(1) Intorno al verbo *contractare* o *contractare* conf. Schrader l. c.

## XIV.

### DELL' IDEA E DELL' ESSENZA DEL FURTO DELLA COSA TROVATA

DISSERTAZIONE DI *SCHENCK*.

ESTRATTA DAL TOMO XV FASC. 2, DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE  
ANNO 1834.

#### I.

##### *Posizione della questione.*

Intorno al furto della cosa trovata (*furtum inventionis*) sono tuttora oscillanti le opinioni de' giureconsulti (1). mentre Martin (2), dietro le vestigia del Savigny, ammette il furto della cosa trovata solamente allorchè la cosa perduta non è ancora uscita dal possesso del perditore, Feuerbach (3) ed Henke (4) affermano, che sulle cose perdute è possibile un furto, senza bisogno di distinguere, se fossero, o no, possedute da un terzo, purchè appartenessero alla proprietà di qualcuno.

Contro ambedue queste opinioni e' insegnano Grolman (5), che sulle cose veramente perdute si può commettere una truffa, e non un furto; perchè in questo il pigliamento debb'essere ingiusto, e perciò la cosa nel momento, in cui vien pigliata, debb'essere nel possesso di al-

cuno. A questa ragione di Grolman crede Feuerbach (6) di dover contraddire, notando, che il perditore, se perde il possesso, non perde per altro il diritto di proprietà. Appena mi occorre osservare, che Feuerbach ed Henke non aderiscono alla teorica, difesa da Grolman (7) e da Martin (8), la quale non reputa possibile un furto, che quando la cosa mobile si ritrova all'istante del pigliamento nel possesso di alcuno, e di persona diversa da quella del ladro. Secondo Feuerbach ed Henke si richiede per l'esistenza del furto, che la cosa appartenga in proprietà a qualcheduno. E Sulchow (9), il quale non esige per il furto il pigliamento di possesso ma solamente un'azione corporale, per cui divenga fisicamente possibile al ladro l'uso esclusivo della cosa (10), assevera la possibilità di un furto di cose trovate, e rispettivamente perdute, perchè l'appropriarsene è illecito, e conseguentemente ingiusto. Klien (11), che nel vero furto non include come necessaria la privazione del possesso, descrive il furto della cosa trovata per una varietà, sotto il nome di furto improprio, ma bensì molto affine alla vera rubagione, ed appoggia la sua sentenza alla menzionata teorica, la quale dichiara propriamente furabile una cosa non vacua di possessore. Egli determina l'idea del furto della cosa trovata « nel pigliamento eseguito con intenzione furtiva, d'una cosa mobile al-

(\*) Per le disposizioni delle leggi del Regno delle due Sicilie, Vedi la nota alla precedente dissertazione.

(1) Carpov. princ. crim. part. II. qu. 86. Werner sel. obs. t. III. par. III. obs. 76. Triller de variis furtorum generibus, praesertim d. furto inventionis. Berger oecon. jur. lib. II. tit. II. § XII. Stryk. us. mod. lib. 41. tit. 1. §. 17. lib. 47. tit. 2. §. 17. Klien, revisione de principj intorno al delitto di furto, par. I. p. 182. e seg. 193. e seg. Tittmann, Instituz. di dir. crim. par. III. §. 525. p. 432. Pfeiffer, pratiche dichiarazioni d'ogni parte della scienza del diritto, t. II. tratt. XVI. p. 457 — 469.

(2) Elem. di dir. §. 141. e nota 13.

(3) Elem. di dir. pen. §. 315. nota c.

(4) Elem. della scienza del dir. pen. §. 270.

(5) Scienza del dir. crim. §. 179. conf. col §. 207. b.

(6) l. c. nota c.

(7) l. c.

(8) l. c.

(9) Elem. di dir. pen. §. 337. conf. col §. 350.

(10) lvi §. 336.

(11) l. c. par. I. p. 182 — 203.

» trui, non posseduta da alcuno ». Della stessa opinione è ancora Erlard (1), Pfeiffer (2), partendo dall'idea, che secondo Feuerbach il delitto di rubagione si commette con l'appropriarsi ingiustamente e arbitrariamente la cosa mobile altrui con animo di farne lucro, crede, che il furto della cosa trovata appartenga al furto in senso lato (nel quale si comprende sotto la parola furto anche la truffa), ognorachè l'intenzione di appropriarsi la cosa trovata ci possa con certezza desumere da un'azione positiva, come dal negamento del possesso, o dalla disposizione dell'oggetto in proprio vantaggio. Stima perciò, che il furto della cosa trovata consista « nell'appropriarsi ingiustamente, con animo di » trarne guadagno, una cosa altrui trovata », e che si distingua dal furto proprio, edalla truffa, solamente in virtù del modo, in cui l'appropriazione si effettua. La quale nel furto proprio ha luogo in maniera, che la cosa altrui vien tolta dalla custodia del possessore; nella truffa in maniera, che l'agente si appropria una cosa altrui, che già era nel suo possesso; e nel furto della cosa trovata in maniera, che il trovatore prende per sé una cosa altrui, che non era nel possesso dell'uno, nè dell'altro. Mentre Pfeiffer introduce nella dottrina di Feuerbach la distinzione tra il furto in senso lato, e il furto in senso stretto, che non è fatta da Feuerbach, il quale non contempla mai l'idea della rubagione in un significato più speciale di quello, che fu di sopra indicato (3), non fa del resto che applicare quello stesso concetto all'esistenza del furto della cosa trovata. E neppure estende questa idea col requisito di un atto positivo, come carattere dell'intenzion di appropriarsi; perchè Feuerbach presuppone già per l'esistenza del furto, che si presenti l'intenzione dell'appropriazione, e che perciò dalle circostanze del fatto si debba dedurre, se sia luogo a punire.

Per giudicar la dottrina di Pfeiffer e di Feuerbach intorno all'oggetto della nostra ricerca, è di gran momento il notare, a) che amendue i giuriconsulti non considerano il furto della cosa trovata come identico alla truffa, tuttochè riportino al furto anche questa (4), ma che sotto la truffa intendono solamente il ca-

so, in cui il possessore della cosa altrui in nome altrui si attribuisce arbitrariamente il possesso civile sulla medesima, la quale perciò al momento dell'appropriazione non è vacua di possessore (5), mentre annoverano il furto della cosa trovata fra i casi, in cui l'altrui proprietà non è nel possesso di alcuno, e così neppure nel possesso naturale del trasgressore (6). In conseguenza di che fa d'uopo notare inoltre, che b) per la commissione del furto della cosa trovata si dee necessariamente presupporre da essi un pigliamento di possesso (7), che sia avvenuto con la coscienza dell'ingiustizia (8). Quando Pfeiffer per altro (9) sembra scorgere il carattere criminoso del furto della cosa trovata nella ritenzione furtiva della medesima, non si conserva fedele al suo principio fondamentale sviluppato da lui a p. 462, e 463: che cioè « nel furto della cosa trovata l'appropriazione furtiva avviene col prender- » si, che fa il trovatore, con animo di » trarne guadagno, la cosa altrui, che » non è nel possesso di alcuno ». In fatti, secondo questa opinione, il delitto incomincia col pigliamento di possesso, e non già con la ritenzione della cosa.

Ancora Henke (10) richiama per il furto della cosa trovata il pigliamento di possesso della cosa perduta, come parte integrante dell'atto, o della rubagione di essa. Tittmann (11) pure, che stima possibile un furto solamente su di cose possedute, e da persona diversa dal ladro, non vuole annoverare tra i furti il delitto, di cui ragioniamo, ma lo considera piuttosto come una frode, commessa mediante soppressione di verità, e così nemmeno sotto la denominazione di truffa, che egli acutamente distingue dall'usurpazione. La truffa dee dinotare l'atto di tenere segretamente per sé una cosa, che era stata consegnata al frodatore, perchè la recapitasse ad un altro; e l'usurpazione all'incontro, una ingiusta e dolosa ritenzione di una cosa, casualmente venuta nel possesso di alcuno.

(5) Conf. Feuerbach l. c. p. 315. e 317. e Pfeiffer l. c. p. 462.

(6) Conf. Feuerbach l. c. §. 315. e nota e, e §. 317. num. 1. Pfeiffer l. c. p. 363, e seg.

(7) Feuerbach l. c. §. 316. num. 1. Pfeiffer l. c. p. 463. e 464.

(8) Feuerbach l. c. §. 318. 320. Pfeiffer l. c. p. 462.

(9) l. c. p. 460, e 461.

(10) Conf. i suoi elem. §. 270. e nota 3. v. ancora i §§. 263. 271. 272. 273.

(11) Conf. le sue istituzioni 2.<sup>a</sup> ediz. §. 403. 413.

(1) Institut. di dir. pen. vigente nel regno di Sassonia §. 301a

(2) Dichiarazioni pratiche ec. l. c.

(3) Conf. Elem. §. 311. 315.

(4) Conf. Pfeiffer l. c. p. 462. Feuerbach l. c. §. 315. verso il fine.

Nel contrasto di queste opinioni riesce assai malagevole il determinare il vero tenore della controversia sopra la possibilità di un furto della cosa trovata.

Il primo scopo del presente discorso è quello di mostrare, che non si può dare in alcuna maniera un furto della cosa trovata, come delitto, a cui veramente convenga il nome di furto; anzi, che la denominazione di furto della cosa trovata racchiude in sè una contraddizione, dovendosi per l'essenza del furto richiedere, che l'oggetto di esso fosse, all'istante del pigliamento per parte del ladro, la proprietà di un terzo, o che almeno un terzo ne avesse il possesso. Ne credo inutile l'insistere nello pregevolissime dichiarazioni dei principj sul furto della cosa trovata, contenute nell'opera citata di Klien, perchè egli, come Martin e Tittmann, ha desunto le sue armi dalla teorica, che esige la privazione del possesso per l'essenza del furto, e giudica perciò non furabili le cose non possedute. Mi duole di non potere in ogni parte professare le opinioni di Klien, e che la mia maniera di vedere dissenta in qualche punto importante ancora dagli argomenti, coi quali Grolman e Tittmann sostengono la proposizione da me difesa.

Se io mi varrò anche successivamente dell'espressione di furto della cosa trovata, per significare il delitto, del quale ho intrapreso a trattare, chiedo, che non mi si apponga a colpa la contraddizione già biasimata del nome; perchè solamente per desiderio di farli intendere seguirò a chiamare con l'antico vocabolo un oggetto, che non ha ricevuto finora un'appellazione più conveniente.

Per ordinare dettamente i principj, che ci vengono offerti dalle leggi, che governano la materia del furto della cosa trovata, noi cominceremo dal determinare con accuratezza il significato giuridico della parola trovare.

## II.

### Nozioni del trovamento.

L'uso comune della favella si serve assai spesso del verbo trovare nel significato di abbattersi. Questo accade il più delle volte quando uno casualmente si abbatte in alcuna cosa dove non l'ha cercata, nè se l'è aspettata, o quando l'abbattersi in una cosa fu preceduto da una ricerca.

Nel significato tecnico la parola *inventire*, o *inventio* è 1) una specie di occupazione, e presuppone, che l'oggetto, ca-

pace di esser così occupato, sia una *res nullius* (1). E perchè una cosa possa dirsi *res nullius* non basta, che non si ritrovi nella proprietà di alcuno, ma fa d'uopo ancora, che non abbia alcun possessore (2). Imperocchè se uno rinunzia alla proprietà di una cosa, ma non si spoglia del possesso della medesima, essa non è *derelicta*, nè *res nullius* (3); e viceversa, se uno rinunzia al possesso, ma non alla proprietà di una cosa, questa non si può chiamar *derelicta* (4).

Inoltre qualunque usurpazione di una cosa posseduta per parte del non proprietario e del non possessore apparisce contraria al diritto (5). Quindi seguita incontrastabilmente, che una cosa posseduta non è *res nullius*, nè capace di occupazione, e che perciò non può soggiacere alla *inventio*. Laonde nel senso di occupazione può esser trovata solamente una cosa, che non sia nella proprietà, nè nel possesso di alcuno.

2) Noi incontriamo nelle leggi le parole *inventio* e *inventire* anche in que' casi, in cui la cosa è ancora nella proprietà di un terzo, o vi è in modo possibile considerata (6); ma quando il verbo *inventire* fu usato nel significato della vita comune, per abbattersi od avvenirsi in checchessia, noi osserviamo la relazione affine alla vera *inventio* nel grado di seminascita, per modo che l'oggetto, sebbene non affatto mancante di padrone, fosse per altro *vacuus possessionis*, o sembrasse almeno tale al trovatore (7). Noi riscontriamo questa specie di tecnica applicazione del verbo *inventire* nei casi *apprehensio rerum uniusarum, deperditarum*, le quali si distinguono da quelle affatto mancanti di padrone, appunto perchè sono *vacuae possessionis*, ma non *vacui domini* (8).

(1) Gesterding dottrina della proprietà §. 16.

(2) L. 1. §. 1. L. 3. D. de acquir. rer. dom. L. 1. D. pro derelicto.

(3) Conf. L. 2. §. 1. D. pro derelicto, L. 3. L. 5. §. 1. cod. L. 9. §. 7. E. de acquir. rer. dom. L. 17. §. 1. D. de acquir. vel. amitt. poss. §. 45. 46. Inst. de rer. div.

(4) §. 47. Inst. de rer. div. L. 21. §. 2. D. de acq. vel. am. poss. L. 58. D. de acq. rer. dom. L. 7. D. pro derelicto. L. 9. D. de publ. jud. Majaniti disp. t. I. n. 16.

(5) Conf. L. 128. D. de reg. jur. L. 17 pr. D. de acquir. vel. amitt. poss. L. ult. D. cod.

(6) Conf. L. 1. Cod. de omni agro deserto. L. 43. §. 9. 11. D. de furtis. L. 7. D. pro derelicto.

(7) L. 77 D. de rei vind.

(8) Conf. L. 21. §. 1. 2. L. 35. pr. D. de acq. vel. am. poss. §. 48. Inst. de rer. div. L. 43. §. 11. D. de furtis.

Ora a tenore di ciò si determina il valore delle voci *inventire* ed *inventio* a) nel senso, che loro si attribuisce nella comune favella, b) nel senso tecnico della *inventio*, come *species occupationis*, e c) nella tecnica applicazione alle *res vacuae possessionis*, la quale è affine al significato precedente.

Che il primo senso del verbo *trovare* non faccia pel nostro caso, è evidente di per sé. Altrimenti in fatti quasi ogni furto sarebbe un furto di cosa trovata; perocchè qualunque ladro si abbatte casualmente, o dietro ricerca, nell'oggetto della sua rubagione: e le leggi non ammettono, che si parli di un furto di cosa trovata, ognorchè il ladro si avvenne per caso nella cosa involata, o questa venne in suo potere dietro precedente ricerca. Che simili casi d'involamento di cosa accidentalmente incontrata, od appositamente ricercata, non costituiscono una specie particolare di furto sotto il nome di furto di cosa trovata, è insegnato da tutti i compendj di diritto criminale, e stabilito da espresse disposizioni di leggi. Il contrario non è stato finora affermato da alcuno (1).

Per lo che anche quando la lingua delle leggi si serve talvolta del verbo *inventire* nel senso della vita comune (2), questo significato non è mai quello, del quale noi ci occupiamo nella nozione del furto della cosa trovata. Quindi siamo costretti ad appigliarci piuttosto ad un significato tecnico del verbo *trovare*.

### III.

#### Critica dell'opinioni enumerate nel cap. I.

Fissato, che nel senso giuridico del verbo *trovare* può esser trovata solamente una cosa, che, se non affatto mancante di padrone, sia almeno *vacuae possessionis*, conseguita;

1) che, secondo l'opinione di Feuerbach e di Pfeiffer sull'essenza del furto, un furto della cosa trovata non è possibile in quel caso, in cui la cosa medesima, quando il trovatore se l'appropria, non

(1) Conf. L. 1. in f. D. de *abigeis*. Voet ad hanc legem. Lauterbach C. P. tit. de *abigeis* §. 2. Thomasius de *abigatu* §. 25. « In a furtum vero stricto dictum pecudum aliquis a absque precedente intentione obiter quasi, » et tamquam aliud agendo incidit. ec. » L. 7. D. de *extraord. crim.* L. 1. §. 1. 2. D. de *effractor. et expilator.*

(2) Conf. L. 13. Cod. de *fidejussor.* L. 1. Cod. de *omni agro deserto.*

è nel dominio di alcuno, e fu perciò in ogni tempo, o rimase poscia senza padrone;

2. che, secondo la dottrina di Martin, di Grolman, di Tittmann, e di Klien, la quale non ammette furto su di cose non possedute, nè su di cose prive di padrone, perchè non sono possedute, un furto della cosa trovata, come vero furto, non è escogitabile;

3) che all'incontro, secondo la teorica di Martin intorno ai requisiti del furto ed alla possibilità di un furto della cosa trovata, questo non può mai accadere sulle cose perdute, perchè nel senso giuridico del verbo *trovare* non si trova una cosa perduta, la quale, non ostante la perdita, è rimasta nel possesso del perduttore. Dell'appropriazione di una *res non vacuae possessionis* non si può dire, che formi quella specie di pigliamento, che ha luogo mediante la *inventio*. Questa appropriazione conferirebbe, *ceteris paribus*, un furto ordinario, il quale non presenta alcuna fondata ragione, per essere appellato col nome di furto della cosa trovata, e per esporre principalmente l'agente al rimprovero di occultazione dell'oggetto pigliato, come una *res inventa*. Per l'idea del furto è affatto indifferente, che la cosa posseduta fosse, o no, custodita, in un luogo adattato a conservarla (3), semprechè fosse posseduta al momento, in cui venne pigliata. Ancorchè quindi in sì fatto momento l'oggetto fosse in un luogo, in cui il possessore la potesse difficilmente conservare, ed in cui non si confidasse del tutto di conservarla, ciò non cangia la natura di un vero furto ordinario, subito che la cosa medesima, benchè fosse in un posto non opportuno alla sua custodia, non era uscita dal possesso dell'offeso.

Dietro l'opinione di Feuerbach e di Pfeiffer è possibile un furto su di cose perdute, quando, mediante il loro smarrimento, il perduttore ne ha perduto il possesso, ma non la proprietà. Una cosa perduta di questa specie si potrebbe certamente trovare, almeno nel senso giudicato nel capo II sotto lettera c, e quindi sembra, che sia possibile su di essa un furto di cosa trovata.

Di più, tanto a tenore della teorica di Feuerbach e di Pfeiffer, quanto a tenore di quella, che stima furabili le sole cose possedute, si potrebbe obiettare, che al tempo del pigliamento la cosa perduta poteva essere, senza che il pigliatore lo

(3) Conf. Tittmann l. c. 2.ª ediz. §. 412.

sapesse, nella proprietà, o rispettivamente nel possesso di un terzo.

Se non che queste due obiezioni si respingono con le osservazioni seguenti.

Per ciò che concerne il primo caso, non si vede primieramente, che esso, ancorchè convenga in generale ad un furto, presenta per altro qualche particolare, che lo distingue dal furto ordinario, e che lo qualifica per una *species furti* sotto il nome di furto della cosa trovata? Quando per la commissione del furto niente importa il considerare, se l'oggetto della rubagione sia, o no, posseduto da alcuno; quando in questo rispetto rileva solamente l'esaminare, se la cosa abbia un proprietario; per determinare la qualità del delitto, che si commette col furto della cosa trovata, è affatto inutile e insignificante la distinzione posta da Pfeiffer del furto in senso lato e in senso stretto. Le differenze in fatti, che non sono di alcun momento per l'idea e per l'esistenza di un delitto, non possono richiedere, nè giustificare simili distinzioni. L'appropriarsi adunque una cosa perduta, che appartiene ancora ad un terzo, non sarebbe altro, che un furto ordinario.

Alla seconda obiezione, e nel medesimo tempo ancora alla prima, si risponde, che un furto colposo non si può commettere, ma che per l'esistenza di un furto qualunque si richiede prima di tutto, che il ladro abbia pigliato la cosa con la coscienza di operare ingiustamente (1). In questo rispetto è di precipua importanza il considerare, che il pigliare una cosa *vacuae possessionis* non è stato mai dichiarato illecito dalle leggi. Non esiste in fatti una legge, la quale ordini, che si lasci stare *in bona pace* una cosa trovata. Or se il pigliatore crede, che la cosa fosse *vacuae possessionis*, ed essa era veramente tale all'istante del pigliamento; verrà a mancare in ambedue i casi il dolo malo, cioè la coscienza dell'ingiustizia, e così il pigliamento non si potrà riguardare per un *furtum*, nè per un *furtum inventiois*. Ed in conseguenza non si darà giammai un furto di cosa trovata, perchè il trovamento è giuridicamente possibile sopra le sole cose mancanti di possessore, o credute tali da chi le prese. Grolman (2) stima, che non possa commettersi furto sulle cose perdute, perchè non è ingiusto il piglia-

mento delle medesime. E quando Feuerbach si vuole opporre a tale opinione dicendo, che il perditore resta privo del possesso, ma non della sua proprietà, questa replica può indicare primieramente, che Grolman non ha concesso per lo meno con sufficiente chiarezza l'ingiustizia del pigliamento, che è necessaria pel furto, col requisito della coscienza dell'ingiustizia nel pigliatore, ed insieme con l'ingiustizia obiettiva di lui non ha fatto menzione della sua ingiustizia subiettiva. Ammettendo, che il fatto del pigliamento possa essere ingiusto anche in una *res vacuae possessionis*, l'indole obiettiva dell'atto deciderebbe dell'esistenza di un furto, che pur non si può colposamente commettere; onde qui l'elemento di suprema importanza è la coscienza dell'ingiustizia nel tempo del pigliamento. Grolman per vero dire pone anche il dolo, come requisito del furto, ma lo riferisce solamente all'intenzione di appropriarsi la cosa altrui, per ricavarne profitto. La quale intenzione non involge di necessità la coscienza dell'ingiustizia del pigliamento; perocchè *in jure* si danno dei casi, in cui il prendere la cosa altrui, contro il volere di chi sinora la possiede, è un atto conforme al diritto, come avviene esemplarmente nel sequestro. Inoltre Feuerbach nel rispondere a Grolman omette di considerare, come ho accennato di sopra, che non esistono leggi, le quali dichiarino illecito il pigliamento di una *res vacuae possessionis*. Ognuno può raccogliere una cosa perduta, che si presenta mancante di possessore, e pigliarne per conseguenza possesso. Solamente sulla ritenzione della medesima esistono disposizioni impedienti, le quali per altro non possono convertire il caso in furto, perchè il pigliamento non fu illecito. E se piacesse di opporre, che l'idea del furto non presuppone necessariamente il requisito del pigliamento, io replicherei, che tanto Feuerbach, quanto Pfeiffer, annoverano il furto della cosa trovata fra quei furti, che si commettono col premeditato effetto, e che solamente in un caso, che non ha punto relazione con la nostra ricerca, Feuerbach non esige pel furto il fatto del premeditato, quando cioè il possessore si attribuisce arbitrariamente in nome altrui il possesso civile. Ora, dove si aggiunga, che la teorica più retta, e più ricevuta in pratica, esige pel furto, che il ladro abbia pigliato il possesso naturale dell'oggetto, affinchè esista quell'attività positiva, che colloca la rubagione nel campo

(1) Conf. Feuerbach Elem. §. 316. 317. 318. 320. Martia l. c. §. 144. 145. Salchow. l. c. §. 339.

(2) l. c. §. 179.

delle realtà, certamente apparisce, che non solo la dottrina di Feuerbach e di Pfeiffer, ma anche quella già riferita di Salchow, sopra il furto della cosa trovata, non è giusta. Gli stessi giureconsulti, che reputano furabile anche una cosa altrui posseduta, richiedono almeno il pigliamento di possesso per l'esistenza del furto (1).

Anche nei casi di furto della cosa trovata, enumerati da Klen (2), tuttochè il pigliatore conosca esattamente il proprietario, che perdè il possesso, o parve averlo perduto, non è illecito il pigliamento della cosa, che si presenta come non posseduta. La ritenzione della cosa produce allora una semplice indecatezza, ma l'atto non ha il carattere di un furto di cosa trovata. Appoggiandomi alle ragioni già dette, io non posso convenire assolutamente con Klen (3), quando fa cominciare il fatto delittuoso, che si chiama furto di cosa trovata, dal pigliamento di possesso della cosa perduta. S'immagini in fatti, che A, il quale vide l'alto della perdita, pigliasse la cosa, formasse dipoi l'intenzione di appropriarsela *animo lucri*, ma, mutato subitamente consiglio, la restituisse al proprietario. A non avrebbe fatto in tal caso nulla di punibile. Il pigliamento della cosa non fu un *crimen inchoatum*, perchè il metter le mani su di una *res vacuae possessionis*, e il raccoglierla, piuttostochè lasciarla stare, non è meno unamente illecito. La ritenzione delittuosa della cosa incomincia solamente con gli atti, che servono allo scopo di occultarla. Or, se è vero, che *cogitationes poena nulla est*, A, che non ha fatto ancor nulla, per eseguire il furto della cosa trovata, deliberato da principio, non può esser punito. Se poi A pigliò subito la cosa con l'intenzione di ritenerla, e di sottrarla al proprietario, il pigliamento, qual mezzo ordinato allo scopo, contiene la preparazione di quel particolare delitto, che suol chiamarsi furto di cosa trovata, e che si presenta allora meritevole di pena pubblica come *crimen inchoatum*; non perchè sia stato illecito in sè stesso (il che sarebbe avvenuto nel furto ordinario), ma perchè l'atto di sua natura lecito costituì una preparazione al delitto. E qui non si di-

mentichi, che gli atti preparatorj di un delitto, in quanto son tali, non appartengono in alcuna maniera al fatto, che costituisce il delitto medesimo.

Del resto si può disputare, se il pigliamento di una cosa perduta, nell'idea di ritenerla, formi di già un'azione, in cui sia trapassata l'intenzione di commettere un furto di cosa trovata, e debba perciò considerarsi come *crimen inchoatum* del medesimo. Imperocchè, se il pigliatore muta subito di consiglio, e restituisce la cosa trovata, senza averla usurpata al proprietario nemmeno per brevissimo tempo, sembra, che non abbia effettivamente esternato il suo delittuoso consiglio, e che nulla avendo commesso d'illecito (*cogitationis poenam nemo patitur*), non siasi reso colpevole neppure di tentativo. Secondo l'opinione di Klen (4), egli avrebbe commesso in tal caso il *crimen inchoatum* di furto di cosa trovata, il che è certamente falso.

I precetti del diritto canonico nel decreto di Graziano (5), ai quali ritorneremo tra poco, confermano i principj già esposti, perchè non riconoscono il delitto nel pigliamento della cosa trovata, ma nell'usurpazione, e ritenzione di essa, e paragonano sì fatta azione alla rapina nel solo rispetto della penalità. Il testo principale è il cap. 8., che interpreta l'espressione *rapuisti* del cap. 6. con le parole: *peccatum hoc esse simile rapinae*. Anche il diritto canonico presuppone un illecito pigliamento per l'esistenza di un vero furto (6). Klen, nelle conclusioni dedotte dalla privazione del possesso, richiesta pel furto, in confronto del carattere del furto di cosa trovata, prende la cosa in un aspetto troppo obiettivo; mentre vuolsi avere un riguardo specialissimo alla relazione subiettiva del pigliatore verso l'oggetto, cioè all'opinione, che il medesimo non sia posseduto.

#### IV.

##### Continuazione.

Da quanto abbiain detto finora si possono trarre le conclusioni seguenti.

a) Il pigliamento di una cosa, che può esser trovata solamente nel significato giuridico della *inventio* (e perciò anco-

(1) Conf. Henkel. c. §. 270. nota 3. V. anche Kleinschrod tratt. di dir. pen. par. II, p. 98. e seg. e Klen l. c. p. 115 — 117, p. 135 — 176, p. 242. 268.

(2) l. c. p. 186, n. 1. e p. 189. 190, n. 1.

(3) l. c. p. 181, e 192.

(4) l. c. p. 186, n. 1.

(5) P. II. caus. 14. qu. 5. c. 6. e 8.

(6) Decreti P. II. cau. 14. qu. 6. c. 1. e 4. e cau. 23. qu. 3. cap. 6. Decret. Gregor. lib. V. tit. 18. lib. V. tit. 13. de reg. jur. in VI. reg. 4.

ra il pigliamento di una *res nullius*, perchè questa pure non è posseduta, o che almeno parvo trovabile al pigliatore, non è mai illecito, e conseguentemente non rende punibile l'azione.

b) Su di una cosa, che è trovata nel senso giuridico della parola, o che, secondo l'opinione del pigliatore, è trovabile, non può commettersi furto, nè a tenore della dottrina, che reputa furabili solamente le cose possedute, nè a tenore della dottrina contraria, che richiede per la rubagione cose esistenti nell'altrui proprietà, sieno, o no, possedute; perchè il pigliamento di possesso di un simile oggetto non si riconosce per una azione minacciata di pena.

Di qui prenderò occasione di osservare, ch'io non parto in alcun modo dall'opinione, tenuta da Martin (1), che i casi, in cui egli dichiara possibile il furto sulle cose perdute, sieno riguardati come furti di cose trovate. Io velli solamente mostrare, che in quei casi, nè secondo la teoria, che dichiara furabili le sole cose possedute, nè secondo quella, che per la commissione del furto richiede una cosa esistente nella proprietà di un altro, non autorizzano a qualificarsi per furti di cose trovate accanto a quelle ruberie, che niano pensa a chiamare con questo nome. L'aggiunta di cose trovate apparisce allora così destituta di base, e vuota di senso per la specie del delitto, che non può aversi più scrupolo a bandirla dalla nomenclatura de' furti. Se ne potrebbe al più far menzione storicamente, come di un errore del tempo andato; il che per altro non sembra essersi fatto da Martin (2). Sebbene in virtù della legge positiva si dia un'azione, designata dai dottori col nome di furto della cosa trovata, quest'appellazione è pur sempre abusiva; perocchè tale azione costituisce un *factum criminis*, che non è assolutamente un furto, nè merita di esser trattata nella dottrina de' furti. Il favoleggiare poi di pseudo-furti, che furti non sono, o il parlare con Klein di furti impropri (quando l'adiettivo improprio esprime realmente la negazione del carattere furtivo), mi sembra tanto inesatto, quanto il volere affermare col suntuo zelo del decreto di Graziano, che il ladro sia l'uccisore del derubato (3). Non può che generar confusione l'appellar furto improprio un caso che non è furto. Tutti sanno, quan-

to sofsisticamente dalle affinità dei nomi si sogliano dedurre egualità, che non sono menomamente fondate nell'essenza dell'obietto. E quanto sia pericolosa quest'arte sofistico per la giustizia pratica, nè converranno di leggerli tutti coloro, che hanno avuto occasione di far conoscenza coi motivi sofistici delle sentenze. Klein poi si è posto dalla parte del torto anche secondo i suoi proprj principj, quando ha qualificato il furto della cosa trovata, benchè sotto l'aspetto di una varietà, come una specie di furto pubblicamente punibile. A tenore in fatti del diritto romano, che nella L. 43. §. 4—11. D. de *furtis* annovera tra i furti anche quello della cosa trovata (nella Carolina (4) non è sillaba, che rammenti questo delitto) esso non è per certo pubblicamente punibile; perchè il furto in generale era presso i Romani un delitto privato, e soggiaceva per l'*actio furti* a pena privata. Per farsi una chiara idea di questa pena civile imporre a notare, che il diritto romano, contemplando il furto dal lato dei privati danneggiati, e non da quello della sua immoralità, frequentemente concedeva l'*actio furti* in casi, in cui l'applicazione di essa potea sostenersi per analogia, attesa la gran somiglianza dell'atto, avuto riguardo alla lesione sofferta dall'*actor*, ed all'indennità, che gli compete. La quale osservazione è essenziale anche per dichiarare la L. 43. §. 4—11. D. de *furtis* (5). Nella dottrina del furto pubblicamente punibile, il diritto romano ci può aiutar solamente a fissare l'idea del delitto, ma non ci offre il carattere della penalità criminale. La Carolina, secondo l'opinione di Klein in tanto non ascrive a furto certe azioni, come avrebbe dovuto fare, in quanto esse non sono un furto nel senso della sua dottrina, tuttochè il diritto romano le abbia enumerate tra i furti. Klein dichiara persino, che la Carolina conosce il delitto di furto solamente su cose possedute, il pigliamento delle quali comprende una privazione di possesso a carico del possessore. Ma d'onde, io domando, Klein trae motivo di asseverare, che l'appropriazione di un oggetto trovato, non accompagnata da alcuna privazione di possesso, sia una specie di furto pubblicamente punibile? Egli non connette la sua asserzione coi principj di diritto germanico relativi al

(1) l. c. §. 141.

(2) l. c.

(3) Decreti P. II. c. 41. qu. 5. c. 2.

Vol. II.

(4) Conf. Tittmann l. c. 2.<sup>a</sup> ediz. §. 522, p. 422. nota n.

(5) Conf. Klein l. c. p. 116. 117. 123. 115. 152.

furto della cosa trovata, contenuti in leggi diverse dalla Carolina, i quali, come farò vedere nel capitolo seguente, concordano con le massime esposte finqui; chè altrimenti non avrebbe potuto riporre, come ha fatto (1), l'idea del furto della cosa trovata « nel pigliamento, in « trapreso con intenzione furtiva, di una « cosa mobile, non posseduta da alcuno ». Or, se è incontrastabilmente conforme al principj della Carolina l'esigere per l'esistenza del furto, da punirsi a tenore di lei, la coscienza dell'ingiustizia del prendimento per parte del ladro, ne seguita, che il diritto romano non può oggidì più decidere in materia di furto di cosa trovata.

Se si volge in fatti lo sguardo agli articoli 157 — 175 della costituzione Carolina, uno si convince, che i medesimi presuppongono come essenziale, per le loro disposizioni penali sul furto, non solo il pigliamento di possesso della cosa, ma ancora la coscienza dell'ingiustizia nel ladro. La mala coscienza dell'illecito nell'atto del pigliamento di possesso costituisce perciò un elemento di gran peso per la Carolina. Basta confrontare fra gli altri gli articoli 164 — 168, 172, e 173.

#### V.

##### *Modalità dell'azione del furto della cosa trovata.*

Dalle precedenti dichiarazioni risulta, che il delitto di furto della cosa trovata non incomincia col pigliamento di possesso della cosa perduta, ma che anzi questo di per sè non soggiace ad alcuna comminazione penale. Dal che conseguita inoltre, che l'illecito di quel fatto non nasce che dopo il prendimento. Ad effetto poi di arrivare a conoscere, qual sia la modalità, che all'azione comunica questa illecita qualità, importa prima di tutto indagare, se il diritto comune ordini di non occultare la cosa trovata, ma di renderla nota, e di esibirla pubblicamente, e se chiunque contravvenga a questo precetto si esponga a pena criminale.

Se l'hanno leggi, che puniscano pubblicamente l'occultazione della cosa trovata, fa d'uopo ammettere, che esista quell'ordine, ancorchè non fosse in precisi termini espresso; perchè ciascuno ha il dover legale di far tutto quello, per cui solamente può evitare di commettere delitto.

(1) L. c. p. 164.

Volendo affermare, come è stato fatto (2), che a tenore della L. 43. §. 8. D. de furtis abbia avuto vigore nel diritto romano il precetto di esibire pubblicamente una cosa trovata; prescindendo dal notare, che secondo il passo citato la contravvenzione non sarebbe mai sottoposta a pubblica pena; s'intenderebbe assai male il §. 8., in cui Ulpiano non fa che additare un contegno, che si soleva frequentemente usare, per divertire da sè il sospetto dell'*animus furandi* (3). Le leggi romane non parlano affatto di un dover generale di notificare le cose trovate, il che si deduce chiaramente dai principj relativi all'occupazione permessa di una *res nullius*, o tenuta per tale (4). Qualche cosa di singolare, con la minaccia per altro di sola pena civile, si vede stabilito rispetto ai tesori, la cui metà appartiene al fisco (5): mentre al medesimo tempo nel trattamento di tesori, su quali terze persone abbiano pretese di proprietà (6), si stabilisce per regola generale, che niuno sia obbligato a denunziare ad altri, che al fisco, l'invenzione di un tesoro. « *Deferre se nemo cogitur, quod thesaurum invenerit, nisi ex thesauro pars fisco debeatur* ».

Rispetto alla nostra ricerca, relativa al presente di notificazione dell'oggetto rinvenuto, noi dobbiamo specialmente occuparci del caso, in cui il trovatore conosca il proprietario della cosa trovata, od impari a conoscerlo in seguito. Contiene il diritto romano per questo caso un ordine di denunziare il trovamento al proprietario, per modo che si possa colpire di una pena criminale la trasgressione? Grolman (7) sembra affermare, che per diritto comune il trovatore è in dovere di non occultare al proprietario conosciuto il possesso della cosa, e conseguentemente di denunziarglielo, per non esporsi ad una punizione criminale; avvegnachè nel caso di oc-

(2) Conf. Meckbach Osservazioni allo Specchio Sassonico, t. II. ad art. 37. p. 485. Berger Ocean. jur. lib. II. tit. 3. §. 12. Stryk. us. mon. lib. 41. tit. 1. §. 17.

(3) « *Solent plerique eam hoc facere, ut li- « bellum proponant continentem invenisse, et « reddiditum ei, qui desideraverit: hi ergo ostendunt, non furandi animo se fecisse* » L. 43. §. 8. D. de furtis. Conf. L. 45. D. praescriptis verbis.

(4) L. 3. D. de acquir. rer. dom. L. 4. D. pro derelicto. L. 43. §. 5. 6. 11. D. de furtis.

(5) L. 3. §. ult. D. de jure fisci.

(6) Conf. Thibaut, Sistema §. 600.

(7) L. c. §. 207. nota b.

cultamento si faccia luogo ad incolpare il delitto di truffa (1).

Ma l'esistenza di questo dovere, impostato con tali conseguenze al trovatore, io non posso riputarla fondata nelle prescrizioni del diritto romano. La regola (2), che obbliga il proprietario (3) ad informarsi da sè del possessore della sua cosa, impedisce di adottare una tale opinione. Oltre di che tutte le pene della falsa negazione del possesso, alla quale vuolsi pur riferire l'occultamento del possesso della cosa trovata contro il proprietario conosciuto (4), non sono che civili, e senza un'espressa disposizione di legge, che lo comandi, non possono tramutarsi in criminali.

Che il semplice occultamento della cosa trovata non costituisca neppure un *furtum* romano, risulta chiaramente dalla L. 1. §. 2. L. 52. §. 19. L. 67. D. de *furtis*, e dalla L. 3. §. 18. D. de *acq. possess.*; e la L. 3. §. ult. D. de *jure fisci* « *deferre se nemo cogitur, quod thesaurum invenerit* » non si potrebbe spiegare, se sussistesse il dover legale di denunziare la cosa trovata al proprietario conosciuto, il quale sulla metà del lesoro, trovato in fondo alieno, non ha un diritto men buono del proprietario della *res amissa*. Né fanno opposizione la L. 16. §. 2., la L. 27. §. 2. D. de *falsis*, la L. 43. §. 11. D. de *furtis*, e la L. 44. in f. de *acq. rer. dom.* A torto Oelze (5) riferisce i due primi passi all'occultazione del possesso, commessa dal compulsato contro il *petitor*; perocchè essi parlano del caso di attività positiva, impiegata nel contraffare ed alterare la sostanza della cosa. Contro gli altri due passi vale l'osservazione già fatta, che cioè dalle leggi romane, relative al furto romano, non si può inferire la pubblica penalità dell'azione, che forma l'oggetto della nostra indagine. La facoltà d'intentare l'*actio furti* contro i casti, che involgono qualche cosa di una semplice occul-

tazione di possesso, non contiene alcuna comminazione di pena pubblica. La L. 7. D. de *incendio* contiene per vero dire una minaccia di pena pubblica contro l'appropriazione delle cose sommerse nel naufragio, le quali perciò non si dovrebbero occultare da chi non si volesse rendere pubblicamente punibile: una simili disposizioni, che si dichiarano in virtù di riguardi particolari (6), non si possono convertire in generali.

Secondo i principj giuridici finqui sviluppati io mi credo autorizzato a pensare, che la negazione del trovamento contro il proprietario, che si fa conoscere, non produce, per diritto romano, che pretensioni e pene civili, e non è pubblicamente punibile. Di più essa non è altro che una negazione di possesso contro il *petitor*, la quale, come fu già detto, soggiace solamente a pene civili.

L'occultazione e la negazione del trovamento contro il proprietario della cosa trovata è bensì considerata altrimenti dal diritto canonico. Nel decreto di Graziano (P. II. can. 14. qu. 5. c. 6. et 8.) è stabilito: « *Si quid invenisti, et non reddidisti, rapuisti. — Multi sine peccato putant esse, si alienum, quod invenerint, teneant, et dicunt: Deus mihi dedit, cui habeo reddere? Discant ergo, peccatum hoc esse simile rapinae, si quis inventa non reddat* ». Secondo il diritto canonico, l'occultazione e negazione del trovamento contro il proprietario conosciuto della cosa, se non per un furto, dee tenersi almeno per un reato pubblicamente punibile; onde non può ritorsi in dubbio il dovere che ha il trovatore, di denunziare il trovamento al proprietario. Che bensì queste disposizioni non parlino di *res nullius*, ma di *res amissae tantum vacuae possessionis*, è evidente, perchè presuppongono una *res aliena*. Rispetto dunque ai lesori, del pari che a tutte le cose mancanti di padrone, o riputate tali, quel dovere di notificazione non esiste neppure per diritto canonico: ma bensì quanto agli oggetti erediti privi di proprietario, s'intende bene, che il detto dovere non sussista, fintantochè dura nel trovatore la fatta credenza.

Che se finalmente ci rivolgiamo alle massime del diritto germanico, quali si presentano nelle particolari legislazioni, che indicheremo tra poco, e nella giurisprudenza tedesca (7), risulta, che a

(1) Titmann I. c. 2.ª ediz. §. 541. p. 521. Insegna il medesimo, appoggiandosi a Grolman.

(2) L. ult. D. de *rei vind.* a in *rem actionem* a pati non *compellimur*, quia licet alicui di-  
« cere, se non possidere ec. (*etiamsi possi-*  
« deat»). Conf. L. ult. Cod. ed.

(3) L. 36. pr. D. eod. a *Qui petitorio judi-*  
« cato utitur, ne frustra experietur, requirere

a *debet, an is, cum quo instituit actionem,*  
« *possessor sit, vel dolo destit possidere* ».

(4) L. 68. D. eod. Anth. Item *poss. ad L.*  
7. Cod. *Qui petitor*. Nov. 18. cap. 10. §. 26. L.

20 §. 1. D. de *act. de interog.*

(5) Pratica forense §. 121 nota I.

(6) Conf. L. 21. §. 1. D. de *acq. vel am. poss.*

(7) Conf. lo Sberchio Sassouco II. tit. 29.  
37., lo Sberchio cap. 384. P. Jus Noricum part.

tenore di essi è comandata la notificazione del ritrovamento delle cose perdute, e che la loro occultazione è per lo più comminata di pena pubblica.

## VI.

## Continuazione.

21. tit. 25. lex 2. in *Lex Bajuvar.* tit. II. cap. 13. §. 2. « *Etsi aliquid invenerit in carte duca quasi pro neglecto jacere, et id tulerit, et a super noctem celaverit, furtum reputetur in publico, XV solid.* componat la *Lex Longobard.* lib. I. tit. 25. L. 9. « *Si quis aurum, aut quamlibet rem in viam invenerit, et supra per geniculum levaverit et non manifestaverit, aut ad iudicem non dixerit, sibi nonnum redditur: la Lex Alamannor.* cap. 87. « *Si quis res suas apud alium hominem invenerit, quidquid sit, aut mancipia, aut pecus, aut aurum, aut argentum, aut alia quolibet, et illa reddere noluerit, et contradixerit et posthac convictus fuerit ante iudicem, aut simile, aut ipsum reddat et cum XV solid.* componat, quia proprietatem eius contradixit: » Diritto imper. Cap. 40. (verso latina) « *Qui in via, aut alias supra terram aliquid invenerit ex bonis alienis, sive sit pullum, sive tunica, sive aliud quid, id denunciare imperatori, id est communitati, non expresse eo, quod invenit. Veniente deinde aliquo, qui, re non visa, veritatem de circumstantiis rei inventae afferre sciat, restitui ei amicus debet sine omni damno. Neminem autem comparente, qui rem repperit, imperator trahi debet, qui, si velit, rem cum inventore partiatur: si autem quidem scriptum est, omnes res esse imperii, quae occultatae sunt. Haec autem non indicata, et occulte penes se retenta, deprehensus a mortis reus est. Hoc enim probat scriptura in iure imperii: Qui occultat id, quod indicandum est, facit contra imperium.* » Cap. 41. « *Allicuius bona illo in seculo detinens, qui earum rerum dominus est, nec eum monens, quo rem illam apud se auferat, si ipsi eam offerre noluit, et eam rem in usus suos convertens, nec ei restituens, cuius de jure esse debebat, ille fecit contra imperatorem, et eodem, quo fur, jure censetur.* » Sono importanti anche le costituzioni neapolitanæ sive siculae lib. III. tit. 30. cap. I. e II. « *Statuimus etiam, ut invenias res et pecunias, quarum veri et legitimi domini non apparent, et quas per inventores earum constitutio regia ad magnam curiam debere deferri praescripserit, locorum bujalis sufficiat assignari. Nec enim nequum videmus, ut is, qui zelo fidei, quo tenetur curiae, totum, quod invenit, assignet, propter fidem suam incommodum sentiat, ut cogatur: moitus ad curiam remotum a multis, locorum distantis forsitan laborare. Quicumque autem res inventas huiusmodi bujalis nostris non assignaverint, et bujalis etiam, qui assignatas ad curiam nostram non miserint, furti poena, nostro acrius inferenda, pro certo se noverint fore damnandos.* »

Dalle disposizioni del diritto canonico e germanico, indicate nel cap. V., e dalle cose dette nel cap. II., è dato raccogliere le conclusioni seguenti per determinare la modalità dell'azione del furto di cosa trovata.

a) Siccome le ingiunzioni di denunziare la cosa trovata procedono dal presupporre l'esistenza di un proprietario; così è manifesto, che si riferiscono soltanto alle cose mobili perdute, sulle quali il perditor conserva la proprietà.

b) Rispetto al ritrovamento delle res nullius, delle res derelictae et pro derelictis habitae, e dei tesori, sono sempre in vigore i principj romani, intanto che almeno, quanto alla res habita pro derelicta, il trovatore si conserva nella buona fede, che la medesima sia veramente derelicta. Il trovatore, senza denunziare, o render queste cose; primieramente perchè il diritto di acquistare la proprietà non esige la notificazione dell'acquisto ai terzi; secondariamente perchè le disposizioni, riportate nel cap. V., sulla denunzia del ritrovamento, si debbono unicamente riferire al ritrovamento di quelle cose perdute, delle quali è rimasta la proprietà al perditor (1).

c) Perchè si possa parlare del ritrovamento di una cosa, questa debb'esser comparsa al trovatore come res vacua

(1) A questa proposizione contraddice Klien (l. c. p. 193-201) in tre casi: a) nel caso di appropriazione di un tesoro, su di cui competano dei diritti a terze persone; b) nel caso di appropriazione di una pietra preziosa trovata nel campo altrui, o di couchiglie per le trovate in un fondo altrui, che confini con un fiume; e c) nel caso di appropriazione di cose, l'occupar le quali, per la speciale costituzione del paese, appartiene solamente al Sovrano.

Che il primo caso non sia pubblicamente punibile, nè per diritto romano, nè per diritto canonico e germanico, l'ho dimostrato di sopra.

Il secondo caso presuppone, che quelle cose sieno parti accessorie del fondo e del suolo: alla quale opinione io non mi posso sottoscrivere. Conf. L. 4. D. de pecun. leg. L. 13. D. de auro, argento, l. 17. pr. D. de actionib. empti venditi L. 1. §. 5. ff. de positi.

Il terzo caso finalmente può considerarsi qual furto di cosa trovata, quando la contravvenzione sia minacciata di pena pubblica, e prelude di mira che siano troppi speciali, per potere ammettere più che un'eccezione alla regola, che abbiamo posta nel testo.

*possessionis*, ancorchè realmente non fosse tale.

d) Il prendimento di una *res amissa* non è mai ingiusto, neppure secondo il diritto canonico e germanico. L'atto di pigliar la cosa, per sè stesso è lecito. Dove fosse altrimenti, non avrebbe motivo la disposizione riferita sotto la seguente lettera e.

e) Solamente il ritenere la cosa trovata, occultandola, o negando il trovamento, è fatto delittuoso. Lo specchio Sassonico, concordando con le altre antiche leggi germaniche, prescrive, che il trovatore esibisca pubblicamente la cosa trovata, e la renda al proprietario, che si giustifichi tale; che, quando trovatore e perditore sieno del medesimo circondario, il primo abbia diritto al solo rifacimento delle spese; che, quando sieno di circondarj diversi, il trovatore ottenga la terza parte della cosa trovata. Se il proprietario non si fa conoscere dentro sol settimane, il trovatore consegue una parte della cosa trovata, e le altre due cedono al giudice. Quando il trovatore ometta di notificare il trovamento, o lo neghi, questo fatto dee punirsi come furto, cioè se ne dee misurare la pena secondo la penalità del furto.

f) A tenore della chiara disposizione dello Specchio Sassonico, l'occultazione o la negazione della cosa trovata non costituisce dunque il delitto di furto, perchè la cosa non fa rimossa dal possesso di alcuno. Le riferite disposizioni dell'art. 29 dello Specchio Sassonico, dopo aver ordinato, che il negatore del trovamento sia equiparato al ladro, finiscono col dichiarare: « che egli non » ha commesso alcuna vera ruberia, che » porti a pena infamante, o corporale, » perchè non si è diportato da ladro, nè » da rapinatore ». Tuttochè la legge voglia punita come un furto la tacita ritenzione delle cose trovate, il dedurre da ciò, che l'appropriazione delle medesime sia un vero furto, sarebbe tanto falso, quanto il sostenere, che il diritto germanico attribuisca a delitto di furto la truffa (1). L'eguaglianza della penalità non presuppone necessariamente l'identità del delitto, e una legge può distruggere con la sua volontà le differenze, che hanno radice nella natura delle cose. Ma una legge, che aspiri ad attuare il diritto assoluto, e ad esser perciò un decreto della ragione, non può tro-

vare il furto dove il furto essenzialmente non è.

Alcune moderne legislazioni germaniche tengono dietro nel principale a questa massima. Il diritto prussiano per altro vuole, che sia denunziato all'autorità anche il trovamento dei tesori, e determina il modo e le conseguenze della pubblica esibizione (2).

Che la difficoltà di distinguere la *res amissa* dalla *res nullius* non somministri motivo di estendere l'obbligo della notificazione del trovamento alle cose della seconda specie, è evidente per sè. Questa difficoltà può suggerire al trovatore la pubblica esibizione della cosa trovata, per difendersi *a priori*, come consiglia la L. 43. D. de *furtis*, dal sospetto di un delitto: ma le massime teoriche, e le disposizioni positive, non vengono per questo alterate, nè allargate, nè il giudice criminale potrà dal solo difetto di denunzia desumere una prova, che l'inculpato non abbia creduto vacua di padrone la cosa trovata.

## VII.

*Indole delittuosa e nozione del furto di oggetti trovati, brevemente raccolta, come conseguenza di tutto il ragionamento.*

Secondo il diritto romano il furto della cosa trovata non forma dunque un delitto pubblicamente punibile, ma l'occultamento e la negazione della medesima soggiace solamente alle pene civili della falsa negazione del possesso.

I citati principj del diritto canonico e germanico conoscono per regola il delitto pubblico di furto di cose trovate solamente contro *res vacuas possessionis*, e non *vacui dominii*, e non lo riguardano per un vero furto, ma per una frode, o per un *falsum*, in quanto che la notificazione del trovamento di oggetti perduti è ordinata dalla legge sotto sanzione penale. Ed allora si presentano veramente tutti i requisiti del falso: cioè disfiguramento intenzionale di verità mediante soppressione della medesima, e violazione del diritto alla verità protetto con pena pubblica (3). Il nome di furto di cose trovate, che si può spiegare soltanto storicamente in virtù del confronto della penalità di questo delitto con quella del furto, non solo forma una qualifi-

(2) Parte I. tit. 9. §. 14 — 105.

(1) Conf. Salehew l. c. §. 336. All'incontro Klien l. c. p. 162. e seg.

(3) Conf. Martin l. c. §. 189, 190. Tittmann l. c. §. 510 — 512.

cazione sommamente impropria del fatto, ma ancora totalmente assurda, e pericolosissima in pratica. Secondo il diritto canonico e germanico, che riguardano questa azione come delittuosa, perchè la minacciano di castigo pubblico, essa appartiene al delitto di falsità, sotto il quale si potrebbe denominare piuttosto truffa, che furto di cose trovate. In questa denominazione l'aggiunta di cose trovate determina quella specie del delitto di falso, molto vago in sè stesso, la quale ha per oggetto una cosa trovata: e il nome di truffa si adopera in quel generale significato, che non si restringe a designar solamente l'intercezione di cose affidate, ed in questo titolo fu definito da Grolman (1).

A tenore di tutte queste dichiarazioni il così detto furto, o meglio truffa, di cose trovate consiste: « nella occultazione, o negazione del possesso di un oggetto mobile trovato, e rispettivamente perduto, o sembrato tale a chi lo rinvenne, commessa dal trovatore, e minacciata di pena pubblica ».

Questa definizione, come si comprende di leggieri, è essenzialmente diversa da quella, che diede Klien del suo *furtum inventionis* (2), e di cui abbiamo parlato nel cap. I. L'intenzione furtiva del pigliamento della cosa non appartiene assolutamente all'essenza del delitto, nè può appartenere; perchè il pigliamento non forma parte dell'azione minacciata di pena, e perchè il dolo nel nostro caso consiste soltanto nell'occultazione o negazione della cosa trovata, contro il proprietario. Questo dolo produce quel disfiguramento di verità, che fa annoverare l'azione tra le falsità, all'esistenza delle quali non pregiudica per altro l'intenzione furtiva. Qualunque ne sia lo scopo, esso è indifferente per l'idea e per l'esistenza del falso (3). Le disposizioni legali guardano certamente all'intenzione del trovatore di ritenersi

la cosa, di appropriarsela, di cavarne profitto, come scopo delittuoso dell'occultazione dell'oggetto trovato; esse per altro non minacciano di pene la sola occultazione, che sia avvenuta in virtù di quella intenzione, ma l'occultazione in generale, come quel fatto, che produce il criminoso guadagno. L'occultazione dell'oggetto trovato è per loro l'appropriazione dell'oggetto *animo lucri*, o il fatto di una disposizione dell'oggetto, la quale offende intenzionalmente i diritti del proprietario. Esiccome il disfiguramento della verità, mediante soppressione della medesima, contiene, come ho avvertito, il dolo punibile, non è di molta importanza il cercare, se le leggi abbiano bene a considerar sempre l'occultazione dell'oggetto trovato, come l'atto dell'appropriazione. Dal che risulta lucidamente, che l'intenzione di appropriarsi l'oggetto trovato non poteva avere nella definizione del delitto del Inogo, che le concedono Klien e Pfeiffer (4). Secondo Erhard (5) vuolsi dire in generale lo stesso del requisito dell'*animus lucri facendi* nel furto; che quivi ancora il guadagno dee riputarsi ottenuto mediante l'appropriazione della cosa. Ma il pigliamento dell'oggetto non appartiene al delitto, di cui ragioniamo; perchè questo, a forma delle osservazioni già fatte, incomincia soltanto con la occultazione di ciò, che fu preso. Laonde tutte queste designazioni si debbono levar via, per quanto mi pare, dalla nozione del nostro delitto, quando gli si voglia attribuire il suo vero carattere.

Per evitare ogni equivoco terminerò osservando, che il definito delitto di truffa della cosa trovata è possibile solamente, quando abbiano forza di legge le riferite disposizioni del diritto canonico e germanico, o dove ordinamenti criminali consimili facciano un dovere della notificazione delle cose trovate, e minaccino di pena pubblica la loro occultazione.

(1) I. c. §. 207.

(2) I. c. p. 186.

(3) Conf. Martin I. c. §. 193.

(4) V. sopra nel cap. I.

(5) I. c. §. 269. nota 8.

## DEI LIMITI, CHE SEPARANO LA FRODE CIVILE DALLA CRIMINALE

## DISSERTAZIONE DI GEIB

ESTRATTA DAL TOMO XXI, FASC. 1. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE,  
ANNO 1840 (a).

La dottrina della falsità e della frode è stata modernamente l'oggetto di ripetute indagini scientifiche, segnatamente per parte di Höpfner (1), di Madai (2), di Prenschen (3), di Sternberg (4), di Mittermaier (5), di Visini (6), di Günther (7), di Escher (8): ma tutti questi scrittori sono andati alla loro volta in diverse sentenze, così rispetto all'estensione, come allo scopo delle loro esposizioni. Le due quistioni di maggiore importanza pratica nella presente materia, son quelle, con cui si dimanda, in che consista la differenza fra la falsità e la frode, e quali sieno i limiti, che separano la frode criminale dalla civile. Riserbandomi di occuparmi in altra occasione della prima di queste ricerche (9),

(a) Leggi penali del R. delle due Sicilie Frode. Diversi modi di commetterla art. 430 — Quando ha luogo rispetto al deposito volontario o necessario, alle intraprese, e manifatture, alle carte sottoscritte in bianco, e alla vendita di cose fangibili lvi — Quando è qualificata e come è punita art. 431 a 434 — Frode semplice, a sua pena art. 335.

(1) *Hand. de crimine falsi*. Lipsia 1829. 4.

(2) *Diss. de stellionatu*. Holis Sax. 1832.

(3) Contribuzioni alla dottrina della frode punibile e della falsità. Giessen 1837.

(4) *Comment. de crimine stellionatus*. Marburg 1838.

(5) Della retta definizione della frode, della falsità ec. *Annali di Demme*, t. VI. num. 1.

(6) Contribuzioni alla scienza del dir. crim. Vienna 1839. t. I. p. 39 — 107.

(7) *Vocabolario giuridico di Weiske*, Lipsia 1839. t. II. p. 73 — 107.

(8) Dottrina della frode punibile e della falsità, Zurigo 1840.

(9) Anche qui non è dato trovare una buona risposta, che battendo la via storica. Chiunque considera il diritto romano come una legislazione chiusa, e, saltando le opinioni dei pratici italiani e tedeschi da Gandino fino a

mi propongo qui di sodisfar solamente alla seconda. Dichiaro bensì fin da principio, che niuno si deve aspettare da me una nuova scoperta; perocchè io non mi propongo, che di sviluppare con qualche maggiore esattezza, di giustificare più accuratamente, che non è stato fatto, e di raddrizzare in qualche rispetto una teorica, da lungo tempo riconosciuta dai giuristi inglesi, italiani, e francesi, e di fresco accennata ancora da Mittermaier, la quale ha fatto fin qui poca fortuna in Germania. Il pensiero fondamentale, da cui mi credo, che si debban prender le mosse nella presente quistione, non è dunque nuovo: ma io mi confido, che dandogli quel rilievo, che conviene, per riguardarlo come vero principio, atto a decidere tutte le controversie, che qui fanno capo, non solo potrà contribuire alla più retta risoluzione dei singoli casi, ma ancora alla più retta risoluzione dei singoli casi, ma ancora alla maggiore unità scientifica dell'intera dottrina.

Se noi volgiamo lo sguardo alle fonti particolari del nostro diritto comune, apparisce evidente, che, non potendoci affatto valere in questo proposito delle disposizioni della Carolina (10), ci dobbiamo esclusivamente attenere alle prescrizioni del diritto romano. Se non che queste pure sono poco adattate a fornirci un sicuro carattere, che serva a distinguere la frode criminale da quella

Boehmer, gli pone accanto la odierna consuetudine forense, e le nuove legislazioni, non può certamente far altro, che attenersi al solo diritto romano, e alla sola pratica attuale.

(10) C. C. C. art. 111—115. È noto, che il diritto canonico contiene anche meno per la nostra quistione. Conf. Klen nel nuovo archivio di dir. crim. t. p. 144.

meramente civile. Le definizioni in fatti, che i giureconsulti romani danno della frode propriamente criminale (*stellionatus*), sono sì vaghe, che possono abbracciar tutti i casi, che debbon esser puniti come veri stellionati, o che somministrano meramente motivo di sperimentare una pretensione civile (1). D'altra parte sembra, che una precisa separazione non fosse fondata nell'intero spirito del diritto romano, ma che teoricamente almeno, come già fu mostrato da Harpprecht (2), ogni fatto, che desse luogo ad intentare l'azione civile *de dolo*, si considerasse sufficiente a ricevere ancora un'accusa criminale *ex stellionatu*: su di che vuoi notare, che il senso pratico può, nel giudizio delle circostanze speciali, aver allontanato i pericoli d'una soverchia severità. Risulta in fatti da varj testi, che non tutti gl'inganni si consideravan punibili, ma che anzi un'intera serie di azioni, che prese a rigore si sarebbero potute riportare sotto l'idea generale di stellionato, si consideravano siccome lecite; onde si può con tanto maggior certezza concludere, che nella pratica si distingueva la frode criminale dalla civile (3). Ma in che propriamente consistesse una tal differenza, e come si potesse esattamente determinare in ogni singolo caso, è malagevole, per le notizie fino a noi pervenute, a comprenderlo. Quand'anche si potesse piantare il principio, che per la penatà dello stellionato, contrapposto alla frode semplicemente civile, si richiedesse sempre un *dolus atrocior, gravior, improbius*, come dicono gli antichi dottori (4); questa regola sarebbe sempre così indefinita, che non arresterebbe, che poca, o niuna utilità per la decisione de' singoli casi. Perciò diversi giureconsulti antichi e moderni hanno preferito di limitarsi all'enumerazione de' casi nominatamente rilevati nelle nostre fonti, e colpiti di pena (5): ma si fatto procedimen-

to, che è contrario al principio scientifico, dee riputarsi anche strano per l'indole delle collezioni giustiniane.

Per tutti coloro, che non sanno ridursi a creder possibile l'esistenza d'un principio giuridico, se non lo trovano espresso in una legge, la difficoltà è molto grave. Sono certamente andati troppo oltre quegli antichi dottori, che volendo ad ogni costo attenersi alle parole legali hanno allargato fuor di modo l'estensione della frode punibile. Così, per esempio, secondo il Menochio e il Matteo debb'esser punito quel venditore, che loda soverchiamente la cosa sua, ed in tal guisa inganna il compratore; parimente quel terzo, che di concerto col venditore offre un prezzo più alto, e così eccita il compratore a dar più di quello; che avrebbe fatto; quegli inoltre, che falsamente millanta un gran patrimonio, per ottenere più agevolmente a credenza; e finalmente chiunque diffonde voci sinistre di guerra imminente, o di altre simili calamità, ad oggetto di comprare a miglior mercato (6). Ed anche oggidì, non solo nei compendj, ed in altre scritture (7), ma pure nei moderni codici di Germania (8), si è comunemente determinata l'idea della frode punibile in una guisa, che non lascia vedere il limite di separazione fra l'astuzia criminale, e quella civile. Ciò non ostante si confessa unanimemente, che un sì fatto limite è assolutamente necessario, quando non si voglia fare l'inutile tentativo di estirpare dalla coscienza del popolo tutte le idee della vera penatà di un'azione (9). « Si confonde sempre

2. Renazzi *Elem. jur. crim.* Bononiæ 1826. to. V. p. 180 — 184. Cremaui *de fure crim.* vol. II. p. 441 — 448, 450 — 452. Klienschrod nell'antico archivio di dir. crim. to. II. fasc. I. p. 114 — 116. Rosshirt *Elem.* §. 251. Hefner *Elem.* §. 584.

(6) Menochius *de arbitrar. jud. quest.* lib. II. cas. 381. n. 22. sq. Matthæus *de crim.* lib. 41. tit. 13. cap. 1. n. 6. Secondo Leyser (*Meditat. spec.* 615. med. 15.) debbono punirsi ancora coloro che citano inesattamente le autorità degli scrittori.

(7) V. Sternberg *de crim. stellionat.* p. 94.

(8) Diritto prov. pruss. par. II. tit. 20 §. 1256. Cod. austr. §. 176. Cod. di Baviera art. 256. Cod. di Sassonia art. 243. Cod. di Württemberg art. 351. Progetto di codice per Baden art. 409. Conf. Mittermaier *Annali di Demme* to. VI. p. 6 — 8.

(9) Conf. Oersted *Esame del nuovo progetto di Cod. pen. per la Baviera*, p. 372 — 379. *Annali di legislazione e di giurisprudenza in Baviera*, compilati da Cramer e da Schmidheir,

(1) L. 3. §. 1. D. *Stellion.* Paul. R. S. V. 25. §. 3. Collat. LL. mos. et rom. VIII. 6.

(2) *Dissertat. acad.* Dubingæ 1737. vol. II. p. 1037. et seq. num. 54 — 60. V. anche Klien nel nuovo archivio di dir. crim. I. p. 146. Rosshirt *Elem.* di dir. crim. §. 235. Madai *Diss. de stellionatu* p. 27 — 30.

(3) L. 16. §. 4. D. *de minor.* L. 43. D. *de contrah. emt.* L. 22. §. 3. D. *locati.* V. anche Wachter *Elem.* di dir. pen. II. p. 218.

(4) Conf. anche Rosshirt storia e sistema del diritto pen. germ. III. p. 13. 21. 30.

(5) Matthæus *de criminibus* lib. 48. tit. 7. cap. 1. num. 2 — 18. tit. 13. cap. 1. num.

» (per servirvi delle parole di Gómer)  
 » la moralità, o la delicatezza, coi ri-  
 » spetti del puro diritto penale, quando  
 » si chiede una pena, perchè un uomo  
 » credulo, o bonario, si lasciò trappola-  
 » re, e si pretende, che la pubblica au-  
 » torità discenda in arena a difesa di  
 » qualunque gaglioffo (1) ». Ed Oersted  
 dice nel medesimo senso, che quegli, che  
 vuol vendere, o locare le cose sue, è so-  
 lito di esaltarle, di occultarne i difetti,  
 di attribuire ad esse dei pregi, che non  
 hanno, e di ricorrere a qualche finzione  
 per eccitare la voglia di chi tratta con  
 esso lui. L'arimento chi desidera, che gli  
 sia allogato un qualche lavoro, si attri-  
 buisce falsamente un'abilità maggiore  
 di quella, che possiede, e fa promesse,  
 che sa di non poter mantenere (2). Or se  
 questo è, come tutti conoscono, il costu-  
 me degli uomini (3), apparisce di per sè,  
 che senza ingiustizia non possono sì fatte  
 azioni dichiararsi punibili, e che non è  
 dato d'imprimere su di chi le commette  
 il carattere di malfattore. Una separa-  
 zione adunque della frode propriamente  
 criminale dagli altri casi, che autoriz-  
 zano al più ad affacciare una semplice  
 pretesione civile, è assolutamente ne-  
 cessaria: e perciò tutta la quistione si  
 restringe a determinare, qual sia il modo  
 di fare una tale separazione.

Se noi consideriamo le diverse teori-  
 che, che sono state esposte nella presen-  
 te materia dai moderni giuristi (giac-  
 ché le opinioni degli antichi si posso-  
 no opportunamente trapassare in silen-  
 zio (4)) li troviamo per la massima par-

te così arbitrarie e remote dalla pratica,  
 ché non è neppur necessario discendere  
 a ponderarle minutamente. Oltre di che  
 è riconosciuto così generalmente, che  
 queste teoriche sono destitute di base, e  
 la confutazione del suo predecessore è  
 riuscita sì bene ad ogni successivo scri-  
 tore, che il far più che una semplice ri-  
 vista delle medesime sarebbe inutil fa-  
 tica.

Kleinsehrod sostiene, che la frode ha  
 il carattere d'un vero delitto, allorché  
 si collega con essa il pericolo della pro-  
 prietà di molti, o di tutti, e che vice-  
 versa produce semplici pretese non al  
 risarcimento del danno, ognorachè ne  
 abbia ricevuto pregiudizio un priva-  
 to (5). Ma già fu notato da Klien (6), se-  
 guito in questa parte da altri crimi-  
 nalisti (7), che si fatta opinione contra-  
 sta con l'analogia di tutti i delitti, e che  
 per mantenersi conseguenti bisognereb-  
 be pur sostenere, che l'omicidio preme-  
 ditato, l'incendio, ed il furto non si do-  
 vessero punire, perchè non producono  
 che l'offesa dei singoli. Ma d'altra parte  
 ha trovato pochi seguaci l'opinione di  
 Klien, il quale ripulì, che tra la frode  
 criminale e la civile non intercedesse  
 differenza di sorte, e che ogni qual volta  
 era proponibile l'azione civile si potesse  
 ancora intentare la persecuzione crimi-  
 nale (8). Il solo Escher si dichiarò molto  
 tempo fa per questa maniera di vedere:  
 almeno nel principale; avvegnachè egli  
 pure allargasse al di là di ogni convene-  
 volezza l'idea della frode punibile, e vo-  
 lesse segnalamente, per servirvi de'suoi  
 proprj esempj, che fosse applicata la  
 pena legale, se taluno vendesse stoffa  
 tedesca per inglese, o quadri e stampe  
 sotto il falso nome di famosi maestri, od  
 opere d'arte moderna come se fossero  
 antiche, o peccare indigne per peccare  
 di razza spagnuola (9). Escher per altro  
 ha modernamente ritrattato sì fatta opi-  
 nione (10), la quale oramai non credo,  
 che possa contare aderenti.

Molto più importante delle già nomi-

(5) V. antico archivio di dir. crim. t. II.  
 fasc. 1. p. 117 e seg.

(6) V. nuovo archivio di dir. crim. t. I. p.  
 158 — 160.

(7) Conf. Martin Elem. p. 454. Waechter  
 Elem. II. p. 214 e seg. Hecke instit. III. p.  
 11. Preuschen Contribuzioni, p. 17.

(8) V. il nuovo archivio di dir. crim. t. I.  
 num. 5.

(9) Escher Quattro trattati sopra materie di  
 scienza criminale, Zurigo 1822. p. 85 — 94.

(10) Dottrina della frode punibile, Zurigo  
 1840. p. 77. in nota.

1. II. p. 376 — 400. Preuschen Contribuzioni  
 alla dottrina della frode punibile, p. 14 — 26.  
 Krug Studj per l'interpretazione ed applica-  
 zione del codice crim. di Sassonia, par. II. p.  
 106. Mittermaier Annali di Demme to, VI. n.  
 1. Escher Dottrina della frode punibile, p.  
 57. sq.

(1) Gómer nel nuovo archivio di dir. crim.  
 VII. p. 468.

(2) Oersted Esame del nuovo progetto di co-  
 dice penale per la Baviera, p. 357.

(3) La cosa dovrebbe andare altrimenti se-  
 condo Platone delle leggi XI. p. 916. « Niu-  
 no, che non voglia cadere nell'odio del Cie-  
 lo, mentisce, inganna, o falsificarsi, nè in pa-  
 role, nè in opere, invocando gli Dei... L'u-  
 o gli le lodi e i giuramenti da ogni oggetto ve-  
 nale... Chiunque sarà convinto di aver fat-  
 to il contrario, oltre ad esser privato della  
 cosa alterata, s'abbia tante sferzate, quante  
 sono le dramme, che essa costa, dopo che  
 l'araldo avrà bandito nel foro la causa di  
 quella fustigazione ».

(4) V. Waechter Elem. II. p. p. 215.

nale è la teorica di Cucumus. Egli parte dal considerare, che un inganno in generale suole accadere in due modi: o per via di semplici affermazioni, alle quali può piacere, o non piacere di prestar fede; o per via della produzione di qualche cosa eterna, onde si debba quasi necessariamente inferire l'esistenza di quanto viene asserito. Si presenta il primo caso, allorchè per esempio il venditore mendacemente assicura, che l'orologio vendibile è d'oro; o lo speculatore sostiene, che più non saranno pagati i frutti di certe cartelle, ad oggetto di comprarle a più basso prezzo; o il creditore nega il pagamento, o il debitore l'obbligazione. Poichè qui l'ingannato riman sempre l'autore della sua propria ricognizione, e conseguentemente inganna se stesso, non è luogo a parlar d'una frode criminalmente punibile. Si presenta all'incontro il secondo caso, quando, per modo d'esempio, un metallo vile si vende per prezioso col marchio di metallo prezioso; o lo speculatore mette fuori false cartelle; o il creditore esibisce un'obbligazione falsa, o il debitore una falsa quitanza. Siccome allora si fa, per così dire, violenza alla facoltà riconoscitiva del fraudato, ed egli è costretto contro sua volontà a tenere per veri gli inganni altrui; così fa di mestieri applicare una pena pubblica (1). Ma questa distinzione ancora ha ottenuto pochi suffragi; perchè apparisce chiaramente, che a tenore di essa rimarrebbero esclusi dalla provincia del criminale diritto moltissimi atti, che l'opinione popolare ha sempre creduto degni di pena, e che sono tuttora puniti dai tribunali (2). Laonde fa meraviglia, che Visini abbia recentemente difeso questa teorica quasi con le stesse parole di Cucumus (3).

Preuschen all'incontro ha ragionato così: « Se il disfiguramento punibile della verità vuoi separare da quello perseguitabile in via civile, fa d'uopo cercare anzi tutto il carattere, che in generale costituisce l'essenza della punibilità. Or se non è degna di pena ogni azione contraria al dritto, ma solamente quella, per cui apparisce necessaria la pena a conservare l'ordin giuridico; sarà forza inferire, che dee soggia-

« cere alla pena quell'ingusto disfiguramento della verità, contro di cui non « basta la coazione meramente civile, « per conservare l'ordin giuridico. Se « poi si chiede in quali casi è necessaria « la pena, si scorge di leggieri, che per « soddisfare a questa ricerca non bisogna « guardare, se il danno si possa, o no, « risarcire, ma se l'azione, della quale « si tratta, comprometta l'ordin giuridico in guisa, da render necessaria la pena per sostenerlo » (4). Questo argomento dice in sostanza, che la frode non si punisce che quando è necessario e che è necessario in tutti i casi, in cui è necessario. Per lo che la questione rimane così nello stato medesimo; in cui già si ritrovava.

Il lavoro migliore, che sia stato recentemente fatto intorno alla falsità ed alla frode, è certamente la citata memoria di Mittermaier, inserita negli annali di Demme per la giurisprudenza criminale. Rispetto ai limiti, che separano la frode civile dalla criminale, vi è indicata la regola seguente. La frode si dee riguardare come punibile solamente quando viene usata coazione alla facoltà riconoscitiva del fraudato, cioè solamente allorchè i mezzi adoperati dal delinquente 1) o consistono in particolari apparecchi, in virtù de' quali taluno rende talmente credibili le sue menzogne, da ingannare anche un uomo prudente; o 2) quando la frode consiste in tali fallacie, che sieno capaci d'illudere anche una persona prudente (5). Contro queste proposizioni si può certamente osservare, che riesce malagevole il concepire, come il num. 1. contenga qualche cosa di diverso dal num. 2., onde potrebbe uno sentirsi tentato a giudicar tutto il passo per una mera tautologia, la quale apparisce tanto più straordinaria nella forma, qui adoperata, di contrapposto. Di più l'espressione *usar coazione alla facoltà riconoscitiva* è molto infelice, e contraddittoria all'idea dell'autore; avvegnachè sembri così ripetuta la nota teoria di Cucumus, che con la frode debb'esser fatta violenza all'altrui facoltà riconoscitiva; e perciò, fintantochè Mittermaier non potrà indicare una differenza fra coazione e violenza intellettuale, gli si potranno opporre tutte le obiezioni, già sollevate contro di Cucumus. Prescindendo per altro, come faccio di buon grado, dai difetti esteriori d'un'espressione infelicitamente traseelta,

(1) Cucumus Programma sul delitto di frode. Würzburg 1820, p. 74 — 88.

(2) Conf. Martin Elem. p. 450, nota 12. Wachter Elem. II. p. 216. Henke Instit. III. p. 13. Preuschen Contribuzioni p. 23.

(3) Contribuzioni alla scienza del dir. crim. Vienna 1839, p. 67 — 73.

(4) Contribuzioni alla dottrina della frode punibile, p. 23. e seg.

(5) Annali di Demme t. VI. p. 17. e seg.

e di una forma piuttosto strana di pleonismo; io reputo il principio qui espresso come il solo giusto: e la esposizione, che sono per fare, non sarà diretta a confutar la teorica di Mittermaier, che è pur quella dei tribunali inglesi e francesi, del pari che degli scrittori italiani, ma solo a dichiararla più precisamente, a fondarla più stabilmente dietro le sue relazioni diverse, ed anche a rettificarla in alcuni punti (1).

A sviluppare esattamente questa teorica, è necessario adesso a considerare a parte i diversi requisiti, che in generale si richiedono per la essenza di fatto della frode punibile. Qui si ricerca primieramente, se può considerarsi come obietto solamente la lesione di un dato diritto singolare, cioè di un diritto coattivo specialmente determinabile, o se piuttosto si dee giudicar sufficiente la lesione del diritto alla verità. La seconda opinione, che è stata difesa principalmente da Cuccumus (2), conta seguaci autorevoli anche fra i più recenti criminalisti (3): ma alcuni antichi dottori ne mostrarono già il pericolo (4), e nuovamente fra i moderni Birnbaum e Mittermaier ne hanno provata la insussistenza con sì poderose ragioni (5), che io non stimo necessario trattenermi più a lungo, per non ripetere gli argomenti degli altri. Per lo che io stabilisco il principio, che per parlare in genere di una frode punibile, si richiede anzi tutto, che la medesima non solo sia diretta

contro l'asserto diritto alla verità, ma ancora contro un diritto singolare precisamente determinabile del fraudato. Anzi questo diritto debb' essere inoltre coattivo: e quando non sia tale, non si può discorrere della punizione della frode. Per questo motivo si dee dichiarare impunito il fatto di colui, che apre senza permissione le lettere d'un altro; sebbene antichi dottori (6), ed alcune moderne legislazioni (7) vogliano applicata una pena anche in questo caso. Ma secondo lo stato attuale della comune opinione, ognuno troverà certamente in sì fatto procedere la violazione del sentimento della convenienza e del decoro, ma non già un atto propriamente criminoso: per lo che un uomo, che ha mostrato in tal guisa di mancar totalmente di delicatezza, dovrà esser punito piuttosto col disprezzo, che con la carcere. Il diritto alla cognizione esclusiva del contenuto di una lettera (benchè potesse forse considerarsi altrimenti al tempo degli scrittori citati nella nota 6) riposa semplicemente sulle leggi del decoro: ma, non essendo coattivo, la sua violazione non si può riguardare come frode punibile (8). La cosa è certamente diversa, quando le lettere vengano dissigillate da pubblici corrieri, da impiegati di posta, o da altre simili persone; perchè si ammette universalmente ancora oggi, che almeno da questa parte compete ad ognuno un vero diritto coattivo all'invulnerabilità del segreto epistolare: e perciò in simil caso si presenterà effettivamente una frode punibile (9).

Alcuni non si contentano di limitare la frode criminale alla sola violazione dei diritti propriamente coattivi, ma non si trovano poi d'accordo rispetto al-

(1) Nel libri comuni di elementi e d'istituzioni, o la nostra questione non è sollevata, o è trattata molto fuggacemente. Formano un'eccezione solamente Waechter ed Henke. Ma Waechter, seguitando anche qui la tendenza di tutta la sua opera, non esprime la propria opinione, e si limita a citare soltanto le teorie degli altri (Elem. II. p. 213 — 218). Henke all'opposto opina, che l'esistenza o non esistenza della qualità delitto-sa nella frode si potrà per lo più desumere dall'indole dell'azione, dalle relazioni di persona, di luogo, e di tempo, dalle circostanze antecedenti, concomitanti, e susseguenti, e reputa quindi superfluo il penetrare più addentro nella materia (Osserv. al cod. pen. bav. t. II. p. 230).

(2) Programma cit. p. 1 e 29.

(3) Waechter Elem. II. p. 201. 216. 220. 240. Henke Instit. II. p. 2 — 6. 22 — 25. Bauer Elem. §. 269. 271. 274. Abegg Elem. §. 192. 197. 199.

(4) Esemplarizgia Leyser Spec. 614. med. 78.

(5) Birnbaum Archivio di dir. crim. an. 1834 num. 20. Mittermaier Annuo di Danno I. IV. p. 11 — 13. V. anche Preuschen Contribuzioni p. 3 — 7.

(6) Clarus R. S. V. falsum num. 33. Fortnactus Praxis crim. qu. 150. num. 114. et seq. Damhonder P. R. C. cap. 122. num. 19. Matthaeus de crimina. lib. 48. tit. 7. c. 1. n. 7. Boehmer Medit. in C. C. art. 112. §. 2. Cremona de jura crim. vol. II. p. 446.

(7) Dir. prov. pruss. par. II. tit. 20. §. 1370. Motivi del codice di Norvegia p. 332. Cod. Greco art. 445. Cod. di Württemberg art. 369. Progetto di Badenart. 498.

(8) Conf. Kleinschrod nell'aut. archivio di dir. crim. t. II. fasc. 1. p. 121. e seg. Cuccumus Programma p. 118. Mittermaier sullo stato attuale della legislazione crim. Heidelberg 1825. p. 171. Tittmann Instit. II. p. 523. Waechter Elem. II. p. 232. Heffter Elem. p. 296.

(9) Leyser Spec. 613. med. 10. Quilstorff Principi di dir. pen. II. §. 407. nota d.

le restrizioni ulteriori da farsi in questa materia. L'opinione degli antichi giuristi (1), ai quali si attiene anche il diritto provinciale prussiano (2), sinchè che una frode (come lo *stellionato* romano) potesse riguardarsi punibile, ognorchè la violazione contenesse un effettivo pregiudizio patrimoniale: ed anche Escher (3), che è il più recente scrittore della materia, si è dichiarato così. Ma che una sì fatta limitazione, per la quale rimarrebbero escluse dall'idea del nostro delitto tutte le frodi, che si spesse relativamente allo stato di famiglia, alla supposizione del parto, al matrimonio, e simili, non si possa per alcun modo giustificare, fu già dimostrato abbastanza da Feuerbach (4), e concordemente riconosciuto da tutti gli scrittori successivi. Bensì Mittermaier ha recentemente sostenuto, che la frode punibile, tuttochè non esclusivamente aldanneggiamento del patrimonio, si debba per altro restringere al pregiudizio dei diritti di famiglia, e specialmente alla violazione delle relazioni matrimoniali (5). Ma io reputo inesatta anche questa asserzione. Imperocchè, quand'anche si debba concedere, che i casi di questa specie sieno i più comuni (6), se ne possono agevolmente immaginare ancora di quelli, in cui ogni tribunale ammetterebbe veramente una frode punibile, sebbene dietro la limitazione di Mittermaier dovessero andare impuniti. Figuriamo, che taluno sostenga un esame in luogo di A., e faccia rilasciare in nome di lui il certificato della sua abilità. Mittermaier adduce questo medesimo esempio: e, mentre nega a ragione, che vi si trovi una vera falsità (7), sembra riconoscerci almeno una frode punibile. Eppure i diritti patrimoniali, o di famiglia, non sono stati in questo caso violati; onde Mittermaier, per esser conseguente, dovrebbe qui dichiarare l'impunità. Io certamente stimo punibile il caso, perchè allo Stato compete un pieno diritto coattivo di esigere, che non ven-

gano poste contro sua volontà nel pubblici impieghi persone incapaci. E se una tal cosa accade, o, come nell'esempio proposto, è almeno tentata; l'azione comparisce per una frode punibile, o, gnorachè il mezzo adoperato abbia la sua radice in un inganno intenzionale (8). S'immagini ancora il caso seguente. Una fanciulla determina al suo innamorato un notturno convegno, nel quale gli promette ogni favore. Un terzo subodora il concerto, e simulando l'innamorato si reca prima di lui al luogo stabilito, ed ottiene quanto era stato promesso all'altro, senza che la fanciulla si accorga del proprio errore. Qui pure non si può parlare di vera violazione di diritti patrimoniali, o di famiglia, e non ostante bisogna certamente dichiarar punibile il caso. Imperocchè, quantunque la fanciulla intendesse di non lasciare senza soddisfazione alcun desiderio del suo innamorato; ciò per altro dipendeva solamente dalla sua volontà, e sussisteva pur sempre un pieno diritto coattivo ad esigere, che un terzo non vi entrasse di mezzo. E se nulladimeno un terzo vi si è frapposto, e, mediante un inganno intenzionalmente operato, è accaduto, che la fanciulla abbia concesso i suoi favori ad un individuo non chiamato; sono venuti a concorrere tutti i requisiti di una frode punibile (9). Avuto riguardo pertanto, a questi, e ad altri simili casi, io mi trovo obbligato a dichiararmi senza riserva contro la limitazione di Mittermaier, ed a fermare conseguentemente la regola, che per l'oggetto della frode punibile si richiede soltanto la violazione di un diritto coattivo, qualunque ne sia la specie e la qualità. E questa regola, che si può riguardare come la *communis opinio* del nostro tempo, è riconosciuta per vera dai moderni scrittori (10), non meno che dai nuovi codici criminali (11).

(8) V. Günther nel vocabolario giuridico di Weiske t. II. p. 86.

(9) Forse il caso si può contemplare ancora da un altro punto di vista, cioè come ingiuria, in quanto che il consenso è stato soltanto apparente, e viene conseguentemente a cessare la regola: *ingiuria in volentem perinquit*. Ma questo aspetto sarebbe sommamente artificioso, ed è molto più naturale riconoscer nel caso una frode.

(10) Tittmann Instit. III. p. 482. Grohman Princij §. 294. Feuerbach Elem. §. 190. Heffter Elem. §. 382. Günther Vocab. giur. di Weiske t. II. p. 85.

(11) Cod. austr. §. 176 (V. Jenuil Comment).

(1) V. Wachter Elem. II. p. 218.

(2) Parte II. tit. 20. sez. 15. *Code penal* art. 403. conf. con la *loi du 22. Juillet 1794*. tit. 2. art. 35.

(3) Dottrina della frode punibile, p. 230.

(4) Critica del Progetto di Kleinschrod, parte III. p. 93 — 100.

(5) *Annali di Demme* t. IV p. 8 — 11. La medesima idea s'incontra nel progetto di Baden art. 409 — 433.

(6) *Visiol* l. c. t. I. p. 65 — 68.

(7) *Annali di Demme* t. IV. p. 31.

Il secondo ed il terzo requisito per la essenza di fatto della frode punibile esigono, che la violazione del diritto, di cui si tratta, sia stata eseguita per mezzo d'inganno, e d'inganno intenzionale. Ma poichè il requisito d'una malvagia intenzione, non ostante la contraria sentenza già difesa da Klten (1), è ora universalmente ricevuto; in vece di entrare nei suoi particolari, mi volgerò immediatamente al requisito dell'inganno eseguito. E qui tosto si apre un'altra controversia; perocchè, sebbene si consenta per ogni parte, che per l'idea del nostro delitto sia sempre necessario un inganno effettivo, si disputa per altro, di quale specie e natura esso debba essere, affinchè si possa considerare l'azione, come una frode propriamente punibile. Belle opinioni di Kleinschrod, di Klten, di Cucum, di Visini, e di Preuschen, in parte confutate da altri, in parte inesatte evidentemente; è stato già discorso di sopra; ond'io posso trapassare senz'altro allo sviluppo della mia propria idea, la quale, come ho già fatto cenno, concorda almeno nell'essenziale co' principj, seguitati in proposito dalla pratica dei tribunali inglesi e francesi, e recentemente riconosciuti per giusti ancora da Mittermaier (2).

La consuetudine forense d'Inghilterra parte dalla massima, che le semplici affermazioni, e le comuni menzogne non costituiscono alcuna frode punibile: ma che a questo effetto si richiegga sempre, che abbia avuto luogo l'inganno per via di certe astuzie artificialmente applicate. Il determinarne il limite, che separa la frode civile dalla criminale, esige, che si consideri, se le azioni, di cui si disputa, sieno tali, che la prudenza e circospezione comune se ne potesse difendere, e che, quando no, debba aver luogo una pena (3). La stessa massima ha professato la corte di cassazione di Francia (4), ed in egual sentenza sono

andati tutti i moderni scrittori francesi. Sembra, che ancora in Italia sia dominante questa teorica; in quanto che almeno il Carmignani, forse il più distinto dei viventi criminalisti italiani, si è ripetutamente dichiarato per la medesima. *Rectius dixeris, magnam et evidentem calliditatem eam esse, qua diligentissimus quisque decipi facile possit, adeo ut si de impostura agatur, quam quisque, vel levi adhibita diligentia, cognoscere poterit, non stellionatus judicium extraordinarium concedendum erit, sed actio de dolo in judicio civili proponenda* (5). Ma per quando questo principio, a cui ora rende omaggio anche Mittermaier (6), in generale apparisca giusto; nella forma per altro, in cui è stato espresso finora, è troppo indeterminato, per fornire una guida sicura alla pratica, e, per un lato almeno, potrebbe pur meritare il rimprovero di falso. Quando in fatti, per distinguere la frode punibile dalla non punibile, si dee considerare, se il fraudato se ne potesse difendere, o no, facendo uso dell'ordinaria prudenza, sembra volersi stabilire una prudenza normale, che serva di modulo generale a decidere, se potesse, o no, riputarsi sufficiente a proteggere il diritto violato. Ma così si verrebbero a dichiara-

« à l'application de l'article cité qu'autant « qu'il a été fait emploi de moyens de nature à compromettre la prudence et la sagesse ordinaires ». Arrêt du 13. Mars. 1806. V. ancora Arrêts des 24 Avril 1807, 28 Mai 1808, 2 Août 1811, 7 Mars 1817, e Dictionnaire de Jurisprudence générale du Royaume, t. VII. p. 533. 535. 538. 561. 565.

(5) Elem. jur. crim. II. §. 1064. E lo stesso scrittore nella teorica delle leggi della sicurezza sociale, Pisa 1831 — 32. t. II. p. 443. ha detto: « Ove l'offesa cadesse sul dritto di proprietà, e fosse tale, che un'ordinaria prudenza avesse potuto evitarla, il rigor della legge non potrebbe mischiarsene. Questa riflessione è applicata ad alcune specie di falso, e a moltissime di stellionato, per non parlare di altri delitti, mostrerebbe, che si giudica più spesso con le regole della morale, che con quelle d'una vera politica necessità ».

(6) A torto Mittermaier (Annali di Diritto t. VI. p. 19), credo di poter ricorrere, per sostenere la sua opinione, alla L. 7. §. 10. D. de dolo malo; perchè il requisito qui espresso di una *magna et evidens calliditas* è contemporaneamente richiesto per l'azione civile de dolo (*nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari*), e così non può essere considerato come carattere, che distingue l'actio de dolo dall'*actio ex stellionato*.

par. II. p. 358; Cod. di Bav. art. 280. Cod. di Sassonia art. 245. Cod. di Württemberg art. 331.

(1) Nuovo archivio di dir. crim. I. 244 — 255.

(2) V. Anche Escher Dottrina della frode, p. 138 — 140.

(3) Hawkins Treatise of the pleas of the crown, 8. ed. London 1824, vol. II. p. 318. Russell Treatise on crimes and misdemeanors, 2. ed. London 1826 — 28. vol. II. p. 297. Tomlins Law-dictionary, 3. ed. London 1820. s. v. Cheats.

(4) « Considerant qu'il ne peut y avoir lieu

rare affatto prive di tutela tutte quelle persone, che piene di fiducia, e di ottima volontà, non si possono elevare a quella ideale prudenza normale, e si abbandonerebbero in balia di qualunque mariuolo, che usasse l'avvedutezza di operare con apparente goffaggine. S'immagini in fatti con Günter (1) il caso seguente. A, cencioso accattone, si presenta a B, povero letterato, gli dice di essere lo scrivano del primo banchiere della città, e che il suo principale, trovandosi in gran bisogno di danaro, lo ha mandato a chiedergli un prestito di dieci talleri. B è tanto semplice, da prestar fede alla frodola dell'accattone: risponde, che si stina onoratissimo di poter soccorrere con dieci talleri il ricco mercante, e li consegna al mariuolo, che subito li converte in proprio profitto. Che a difendersi da un' impostura di questa specie possa bastare la prudenza ordinaria, è evidente: ma se al povero letterato mancava anche questa, e perciò egli è stato realmente fraudato, un tribunale tedesco penserebbe a trovare in tanta semplicità un moivo di assolvere il frodatore. Per questo motivo Mittermaier medesimo aggiunge alla sua teorica la necessaria modificazione, che la frode in generale apparisca punibile, ognorachè per l'indole personale di quello, contro cui è diretta, l'impostura fosse adattata ad effettuare l'inganno, e il frodatore contasse sulla natura, a lui ben nota, dell'altro (2).

Se non che la massima inglese è francese non solo si mostra, almeno da un lato, inesatta, ma ancora la forma, in cui d'ordinario si espone, potrebbe appena stimarsi conveniente, in fatti a tenore del generale principio, che la frode è punibile solamente allorchè non si può rimuovere con la prudenza ordinaria, sembra, che, anche quando si trattasse di un oggetto, in cui, secondo l'opinione generale del popolo, si presuppone una fiducia illimitata, fosse sempre necessaria una speciale investigazione per parte degli interessati, e che non potesse aver luogo la punizione, ognorachè i medesimi sarebbero stati capaci a guarentirsi dalla frode, facendo uso di quel grado di circospezione, onde sono capaci: ma questa massima distruggerebbe il commercio civile, o renderebbe almeno impossibile alla maggior parte degli uomini una serie di affari, esempligrizia

la compra delle pietre preziose, delle merci d'oro, e d'argento, e di altre consimili cose. Quivi per altro l'errore sta piuttosto nella forma, che nella sostanza; perocchè quando si dice, che la frode è punibile, ogni qual volta la prudenza ordinaria non basta a difenderne, si sottintende la dichiarazione, che nei casi, in cui, secondo la comune opinione, non suole aver luogo alcuna minuta indagine, non fa uso della prudenza ordinaria neppure l'uomo circospetto, e che perciò dee riputarsi assolutamente punibile la frode, onde fu aggirato, appunto perchè non poteva esser tenuta lontana con la prudenza ordinaria. Ma per evitare il pericolo di ogni confusione anche nella forma, ed allontanare ad un tempo l'errore precedentemente notato, io credo opportuno, che la detta teorica si debba disciogliere nelle due regole seguenti. 1.) La frode, sia grossolana o sottile, soggiace sempre alla pena, ognorachè il fraudato, secondo lo stato rispettivo della pubblica opinione dominante, non poteva aspettarsi un inganno. 2.) In tutti gli altri casi, ne quali il fraudato doveva essere apparecchiato a un inganno, la frode può comunemente autorizzare lo sperimento di sole pretese civili, e dar luogo a un castigo, allorchè solamente fu eseguita in maniera, che, per le circostanze individuali del fraudato, si debba presumere, che egli, avuto riguardo alla prudenza da lui dimostrata in altre occasioni, non fosse in grado di penetrare l'inganno (3). Di qui risulta anzi tutto, che, quando si domanda, quali sieno le azioni meritevoli di esser considerate come frodi punibili, non si può rispondere in astratto, ma che, forse più che in qualunque altro delitto, la diversità dei popoli e dei tempi esercita un' influenza meravigliosa nella risoluzione di tal controversia.

(3) Lungi dal richiedere una prudenza normale la penalià a l'impunità della frode si dee sempre desumere dall'indole individuale del fraudato; onde non solo si punisce talora l'impostura grossolana, ma ancora la sottile va qualche volta impunita, quando è diretta contra persona, che può esser creduta di particolare esperienza e circospezione. Questa medesima idea si trova espressa in Platone. delle leggi. XI. p. 916. Chiunque vende ad un meo dico, o ad un maestro di palestra, uno schiavo, o effetto di malattia palese od occulta fisiologica o psicologica, vada impunito: ma se lo vende ad un privato, che non si conosca gran fatto di quella merce, sia ristretto in carcere per un mese a.

(1) Vocab. giurid. di Weiske t. II. p. 81.

(2) Annali di Demme t. II. p. 18.

Onde può di leggerli accadere, che un'azione, la quale, secondo le idee giuridiche di Germania, dee ripularsi punibile, si possa esimere da ogni pena (1) per le idee dominanti in altri paesi, le quali sieno diverse dalle nostre intorno al grado di buona fede, che uno si può aspettare di trovare nel comune commercio. Di più risulta dall'indole particolare di questo delitto, che quelle leggi tanto vagheggiate, che escludano qualunque arbitrio, ed assestino esattamente ogni caso, non si possono immaginare nella presente materia: ma che tutto dipende piuttosto dalle opinioni sempre variabili, che nascono e vivono nel popolo, e che perciò una legislazione, la quale forse pochi anni fa corrispondeva alle idee dominanti, debba considerarsi presentemente affatto inapplicabile. Inoltre conseguita ancora, che le così dette fonti del nostro diritto comune ( fossero pure assai più compiute e complessive di quello che sono ) potrebbero esercitare una pratica influenza immediata sulla nostra questione solamente quando si dimostrasse, che le idee dei Romani e dei contemporanei di Schwarzenberg fossero in questo rispetto concordi con le nostre odierne, e che viceversa, quando si potesse provare il contrario, quelle norme legali non sarebbero da applicarsi oggi. Ma se, tanto i frammenti delle collezioni giustiniane, quanto l'ordinanza di Carlo V, non riescono neppure a fornirci una chiara idea delle massime giuridiche d'allora intorno alla nostra questione; dobbiamo ripulare assai deplorabile la condizione di coloro, che, non solo disprezzando lo spirito individuale (2), ma ignorando ancora l'intero merito, e la vera importanza del nostro diritto comune, seguitano a difendere il più illimitato rigorismo legale, e senza considerare i progressi e le mutazioni, che ebbero luogo in virtù dell'andamento naturale della vita, e della cultura della scienza, pretendereb-

bero di applicarlo senza restrizione le disposizioni del diritto romano, e della Carolina (3).

I. Ora, per meglio fondare, e sviluppare più esattamente il mio principio, stimo opportuno di metterlo alla prova degli esempi. La prima delle regole di sopra enunciate, è questa. *La frode, sia grossolana, o sottile, è indefinitamente punibile, ognorchè il fraudato non poteva, secondo il tenore delle idee dominanti nel popolo, aspettarsi un inganno.* Applicando questa massima diremo, che qualunque frode nel giuoco, ancorchè si fosse potuta agevolmente scoprire (4), dee giudicarsi degna di pena. Imperocchè, sebbene per debiti di giuoco non si possa ammettere una propria azione civile, pure è regola abbastanza ferma del nostro diritto odierno, tanto comune, quanto particolare, non ostante il contrapposto delle leggi romane, che almeno la cosa perduta non si possa ripetere (5), e che il pagamento di una perdita antecedente si consideri come richiesto dall'onore: onde è qui certamente possibile un danneggiamento effettivo. E se così è, può veramente considerarsi per un'idea universalmente diffusa, che ogni giocatore riponga illimitata fiducia nell'onoratezza delle persone, con le quali giuoca, e non si aspetti da loro alcuna frode. Per lo che, dove una frode sia commessa, bisogna dimostrare, che il fraudato non se ne potesse di-

(3) Non mi è mai riuscito di leggere gli scritti di Feuerbach, campione primario del rigorismo legale, e specialmente le pagine 109 — 149, e 203 — 342 della parte I. della revisione, senza dubitare della buona fede di quel celeberrimo criminalista. Per altro il principale suo scopo fu quello d'introdurre la riforma del diritto criminale per mezzo di una nuova legislazione: al che faceva d'uopo mostrare l'assoluta inconvenienza delle leggi, che esistevano. E ciò naturalmente avvenne, tostochè gli riuscì di ricondurre i tribunali, intorchè per breve tempo, alla letterale applicazione delle medesime. Non duque l'interesse del diritto esistente, ma all'incontro il disegno di rovesciarlo, e di fermare i principi, che al volere d'introdurre con la nuova legislazione sembra avere ispirato questa parte della revisione.

(4) V. *Annali di Drenne* t. V. p. 210 — 222 ed anche t. II. p. 397 — 414.

(5) Conf. *Dauz Instit.* di dir. germ. priv. II. p. 307. *Eichorn* *Introd.* §. 110. *Mittermaier* *Principj* §. 298. *Maurenrecher* *Elem.* §. 376. *Philipp* *Principj* II. p. 505. e seg. *Dir. prov. prusa.* par. I. tit. XL §. 578. *Cod. civ. austr.* §. 1271, 1272. *Cod. civil des Français* art. 1966.

(1) Nella pratica inglese e francese si fa vedere bensì una dolcezza, che a nostro parere è veramente incensurabile. Conf. *Hawkins* l. c. I. p. 319. *Russel* l. c. II. p. 293 — 297. *Dalloz* l. c. VII. p. 543. 550. 553. 554. 559. 564. Incomparabilmente più rigorosa è la pratica di Scozia, Conf. *Hume* *Commentaires on the law of Scotland*, 4. ed. *Edinburgh* 1829. vol. I. p. 172 — 177.

(2) V. la mia memoria nell'archivio di dir. crim. anno 1856. p. 209, ed anche il mio programma *confessio effectus Turici* 1857. p. 10 — 14.

fendere, e che perciò sia necessaria contro di essa la comminazione di una pena, come si vede espressamente dichiarato dagli scrittori del diritto comune (1), e da parecchie legislazioni moderne (2).

Un'altra applicazione del posto principio si trova nella penalità della frode, quando si sia fatto uso di falsi marchi di fabbrica, di false firme di negozianti, di falsi cartellini di merci ec. Gli antichi dottori dichiararono illimitatamente punibili i casi di questa specie (3), ed hanno fatto lo stesso alcuni scrittori (4) e codici moderni (5): ma l'uso del foro sembra essere un poco oscillante (6). Qui per altro è manifestamente necessaria una distinzione. O si tratta in fatti di cose, in cui il compratore, secondo l'usanza comune, non suol cercar altro che i marchi di fabbrica ec., per concludere il contratto; o si tratta di cose tali, che, ad onta di simili contrassegni, si sogliono prima esaminare. Nel primo caso, la frode apparisce punibile: nel secondo al contrario va immune da pena, in quanto non si debba altrimenti decidere in virtù della seconda regola. Seguita di poi, che ogni frode commessa per esempio con falsa segnatura sulle bottiglie di *Champagne*, collo scambio delle damigiane di acque minerali, con falsi titoli sui vasetti d'essenze, e simili, cadrà nella provincia del dritto criminale: perchè una diligente investigazione anteriore di sì fatte cose, non che difficile, è sovente impossibile: ma viceversa non si potrà parlare di pena all'occasione di falsi contrassegni su di cappelli di feltro, o di paglia, su di orologi, schioppi, canocchiali, e simili; perchè non è il marchio, ma la qualità dell'oggetto, che determina a comperar tali cose (7). Non

bisogna per altro lasciare inosservato, che la consuetudine ha introdotto in alcune materie certi costumi, per cui una frode, che a primo colpo d'occhio sembra punibile, fatta più diligente considerazione dee rimanere affatto immune da pena. Così in molti luoghi, come riflette Günther, è consueto il vendere il tabacco da fumare in cartocci di un peso più leggiero, ciascun de' quali è di quattordici oncie, o di quattordici e mezzo. Così i mercanti spacciano tabacchi olandesi, liquori francesi, acciai inglesi: ma il pubblicosa, che sotto quei titoli si debbono intender merci fabbricate e preparate secondo l'uso di que' paesi (8). Ora in tal caso non si può, non ostan e la contraria apparenza, affermare, che sia stato commesso un inganno col contrassegni di fabbrica; perchè il compratore doveva antecedenemente sapere, qual giudizio era da darsi di essi. Laonde farà di mestieri, che egli imputi a se medesimo, se non indagò con maggiore esattezza, e non potrà domandare l'applicazione della pena.

Assai più difficile di questa eccezione soltanto apparente della nostra regola è la questione frequentemente agitata fra i moderni, con la quale si cerca, se commetta frode punibile uno scrittore, che apponga al suo libro il nome di un altro conosciuto scrittore (9). Qui si potrebbe dir certamente, che ogni compratore di libri suole antecedenemente informarsi del loro tenore, e dee perciò imputare a se stesso qualunque inganno, in cui gli avvenga d'incorrere. Ma dove si rifletta, che, se ciò dovrebbe accadere, non accade per altro effettivamente, e che appunto quelle persone, che sogliono acquistare moltissimi libri, come son per esempio i prefetti delle pubbliche biblioteche, i direttori del gabinetti di lettura, e simili, non possono anteriormente esaminare il tenore dell'opera, ma sono costretti a provvederne un gran numero sulla fede del solo nome dell'autore; risulta evidente, che i casi di questa specie, senza far differenza fra vero nome e lo pseudonimo, debbono riportarsi sotto la regola generale, e che perciò una tal frode, come quella che non si

minato come cosa primaria dal compratore, come accade del marchio di razza nei cavalli.

(8) Günther Vocab. giurid. Welske II. p. 96.

(9) Conf. Hitzig Giornale IV. p. 401, 406. p. 194, 195. V. p. 405 — 470. VI. p. 450 — 460. XVI. p. 6 — 11. V. anche Richter Annal. crit. per la scienza del dir. germ. anno 1839. p. 471.

(1) Tittmann Instit. II. p. 507. Heffler Elem. §. 394. nota 2. Günther nel vocab. giurid. di Weiske II. p. 88. nota 6.

(2) Dir. prov. pruss. par. II. tit. XX. §. 1399. 1400. Cod. austr. §. 180. Cod. di Baviera art. 265. Motivi del codice di Norvegia p. 321.

(3) Farinac. qu. 150. n. 57. Damboeder cap. 123. n. 14. Carpov. qu. 93. n. 89.

(4) Tittmann Instit. II. p. 516. Heffler Elem. §. 392. nota 5.

(5) Dir. prov. pruss. par. II. tit. XX. §. 1451. Cod. di Sassonia art. 252. Progetto di Baden §. 405.

(6) Conf. Hitzig giornale I. XVI. p. 1 — 5. Annali I. VII. p. 345 — 366 I. VIII. p. 3. — 19. Wendt Pratica della facoltà nelle cause criminali, Neustadt 1839. p. 342 — 360.

(7) Il dubbio è anche minore, quando il segno non è affatto determinato, o non è deter-

poteva aspettare, e quindi nemmeno evitare, deve assolutamente riputarsi degna di pena.

Applicando ulteriormente il nostro principio apparisce, che ogni frode commessa da' gioiellieri, dagli orefici, e dagli argentieri, del pari che la falsificazione di bevande e di comestibili con materie effettivamente dannose, dee dichiararsi punibile. Imperocchè, siccome il compratore comune non si trova in grado di riconoscere esattamente il vero costo delle pietre preziose, o l'intrinseco valore delle merci d'oro e d'argento; così da per tutto si è stabilita la pubblica opinione, che nell'acquisto di simili oggetti uno dee potersi fidare della lealtà di chi vende. E se questa fiducia è delusa, e si vende una pietra vile per preziosa, od oro di quaranta carati, come se fosse di oltanta, vuolsi applicare senza eccezione la pena, o la frode sia stata difficile, o facile a scoprirsi (1). Dee dirsi naturalmente lo stesso del caso, in cui taluno ordina ad un orefice o ad un argentiere lavori d'oro o d'argento di una determinata qualità, e non li riceva sinceri; od in cui dia ad accomodare oggetti consimili, ed uno smeraldo od uno zaffiro mancante venga supplito con un pezzo di cristallo colorito, od alcuni anelli rotti d'una catena d'oro vengano rifatti d'ottone (2). La stessa ragione produce ancora la penalità delle falsificazioni di bevande e di cibi con materie nocive, come fu già espressamente dichiarato da diverse leggi imperiali (3), e come anche i codici moderni sogliono in precisi termini stabilire (4). Quantunque in fatti la falsificazione con materie innocue, esempli grazia la mistione del vino con l'acqua, e simili, si riponga tra i fatti più comuni del commercio e della vita, e perciò si possa con maggiore o minore verisimiglianza prevedere, ed ogni frode di questa specie non debba

riferirsi sotto questo capo, ma piuttosto sotto la seconda delle accennate regole, ed a tenore di essa bisogna giudicare, se sia punibile, o no; è per altro evidente, che le falsificazioni realmente dannose non si aspettano da veruno, e che per conseguenza, ogni qual volta avvengano, si debbono assolutamente colpire di pena. Del resto è chiaro di per sé, che la pena, a forma del nostro principio, non dee solamente applicarsi, quando le sostanze nocive sono state apprestate, ma naturalmente anche quando hanno servito in genere ad una frode. Si dica lo stesso della vendita della carne di bestie ammalate (5). Anzi, postochè la frode si commetta con la vendita di bestie, che il venditore sapeva essere infette di malattie pericolose, o contagiose, dee sempre aver luogo la pena, perchè i compratori non possono certamente conoscerle (6).

Per dimostrar che la frode, senza badare alla qualità grossolana o sottile dei mezzi adoperati, debb'esser punita, ognorachè dietro l'opinione del tempo non sia dato presumerla, si possono moltiplicare gli esempj a piacere. Io mi faccio fare un vestito, ed il sarto v'impiega scientemente del panno; tinio con materia così cattiva, che in pochi giorni mi si scolora: o compro un libro, e poi trovo, che la carta è sì frolla, che i fogli non si posson voltare senza lacerarli: o mi faccio fare un'obbligazione da un debitore, nella quale egli fa uso di un tale inchiostro, che in poco tempo stinge senza lasciar traccia di sé (7). Per decidere, che in tutti questi, ed in simili casi, si presenta veramente la frode punibile, non occorrono prove ulteriori, tostochè si faccia sempre attenzione alla

maior

(1) Conf. Cod. greco art. 399. Progetto di Baden art. 412. 413.

(2) Papi. Rec. sent. t. 25. §. 5. L. 9. pr. D. de l. Corn. de fals. Conf. Dambouder *Pract. rer. crim.* cap. 123. n. 12. 13. Harpprecht *Diss. de crim. stellion.* n. 152.

(3) Conf. Quistorp *Principj* II. §. 413. Tittmann *Instit.* II. §. 509. Grolman *Principj* §. 323. Salehow *Elem.* §. 423. Hoffer *Elem.* §. 474. Rosshirt *Storia e sistema ec.* III. p. 46. V. anche Visini *Contribuzioni alla scienza del dir. crim.* I. p. 101.

(4) Dir. prov. pruss. par. II. tit. XX. §. 1443. Cod. austr. par. II. §. 155 — 160. Cod. greco art. 382. 383.

VOL. II.

(5) Tittmann II. p. 517. Rosshirt *Storia e sistema ec.* III. p. 182. Conf. anche Werner nel nuovo archivio di dir. crim. t. V. fasc. 1. p. 33 — 71.

(6) Conf. Motivi del codice di Norvegia, p. 315.

(7) Un altro esempio, che secondo l'opinione romana si riferisce a questo capo, ce lo forniscono le molteplici fraudolenze relative all'ipoteca. L. 16. §. 1. D. de pignori act. L. 3. §. 1. *Stellion.* L. 1. 2. 4. Cod. de crim. stellion. Conf. Madaï *Diss. de stellionatu* p. 12. — 19. Ma questi casi erano stellionati pei Romani, perchè tutto il diritto ipotecario era presso di loro appoggiato alla presunzione della scambievole confidenza; mentre, secondo le idee giuridiche odierne, i detti casi si debbono giudicare a tenore della seconda delle regole piantate di sopra.



di tutti i casi, è facile d'altra parte ad intendere, che, prescindendo da poche eccezioni, che possono stare così al disopra, come al di sotto del livello ordinario, e render necessario un esame speciale dell'individuo fraudato, è dato attenersi ad una specie di giusto mezzo, alla cui esatta determinazione si giungerà con una pratica razionale, che renderà superflua l'esplorazione delle forze intellettuali del circonvvenuto. Io discendo dunque anche qui a considerare alcuni esempj, e mi confido di poter mettere per questo mezzo in più chiara luce la mia dottrina.

Volgiamo prima di tutto l'attenzione ad un caso, già proposto da Feuerbach (1). Taluno giura perpetuo amore ad una donzella, e le promette di torla per moglie, millantando grandi ricchezze, e sostenendo le sue millantazioni con documenti credibili: ma pone per condizione al matrimonio una copula illecita. Gli riesce di sopraffare la fanciulla, e tosto l'abbandona. Secondo il disposto di molti codici moderni (2) qui dee trovar luogo indistintamente la pena: ma, dove si rifletta, che i casi di questa specie sono disgraziatamente quotidiani, e che appunto dalla richiesta di una copula illecita si riconosce l'impunità dell'intenzione, non dubiteremo di dire, che ogni fanciulla, la quale possegga la più comunale esperienza, dee temere l'inganno e potersene guardare, e, quando faccia altrimenti, deve imputare a sè stessa la propria credulità, e non domandare la punizione del seduttore (3). Solamente quando la donzella, a motivo delle sue circostanze particolari, esempigravia perchè è uscita di convento da pochi giorni, fosse affatto

ignara degli andamenti del mondo, si potrebbe, a tenore della nostra regola, decretar per eccezione una pena.

Si dica lo stesso di chiunque per mezzo d'imposture e di splendide aspettative inducesse una donna a contrar matrimonio con lui. Imperocchè anche simili vantamenti di esser più ricco, che uno non è, di appartenere ad una condizione più elevata della reale, o di avere una dignità che non si possiede, sono da riguardarsi come giornalieri tra fidanzata e fidanzato, e possono così poco offrir motivo di punizione, come la premura di comparire agli occhi del futuro conjugio in un aspetto migliore del naturale.

Una quistione di speciale importanza pratica è quella, con cui si domanda, se debba ammettersi una frode punibile anche quando nel giudizio civile una parte scientemente assevera fatti falsi, o nega fatti veri, e con questo mezzo riesce per lo meno a prolungare la lite. A sì fatta ricerca, la quale da alcuni dottori (4) fu risolta per l'affermativa, fa d'uopo, a tenore dei nostri principj, rispondere negativamente. È palese in fatti, come fu già ottimamente notato da Mittermaier (5), che sarebbe una pretensione soverchia, la quale mostrerebbe ignoranza dell'indole di una controversia, l'esigere dalle parti contendenti, che deponessero le loro armi. Ciò sarebbe lo stesso che presupporre una virtù veramente eroica, la quale non si può pretendere da veruno nella vita comune, e che niuna delle parti si confida di ritrovare in una lite. Ed appunto perchè non v'è alcuno, che vi faccia sopra i suoi conti, anzi ciascuno si aspetta di queste menzogne, e, se non è un cittadino dell'isola *Utopia*, se le deve aspettare, non si potrà parlare di sottoporle ad una punizione. Per dimostrare il contrario si è avuto qualche volta ricorso alle *poenae infliationis* del diritto romano: ma, prescindendo dall'osservare, che sono uscite da lungo tempo fuor di uso nella pratica, da esse risulta semplicemente, che in simil caso avean luogo appresso i Romani certi pregiudizj

«vre fraudolenteuse pratique de concert avec  
«ladite Dupont, pour les engager à l'achat des  
«bijoux et parures, dont ils s'agit, cette man-  
«œuvre n'a pu constituer un abus de credu-  
«lité, parce qu'elle n'était pas de nature à  
«tromper la prévoyance ordinaire du commun  
«des hommes, et moins encore la prudence et  
«la réflexion, qui doivent diriger des négo-  
«cians dans leurs opérations de commerce.  
«Arrêt du 2 Août 1811. V. Dalloz. l. c. t. VII.  
«p. 561.

(1) Critica del progetto di Kleinschrod par. III. p. 103.

(2) Cod. di Bav. art. 375. 386. Cod. di Sass. art. 266. Cod. di Würtemb. art. 374. V. anche Günther nel vocabol. giurid. di Weiske II. p. 83. nota 4.

(3) Nel progetto di codice penale per Baden si è ragionevolmente tralasciato di far menzione di questo caso.

(4) Leyser Spec. 615. med. 23. Klen nel nuovo archivio di dir. crim. I. p. 149. 150. Fuchta Contribuzioni per la legislazione e per la pratica, Erlangen 1822. to. I. p. 238.

(5) Processo civile secondo il dir. com. germ. 2. edit. to. I. p. 121 — 129. V. anche Rej. beritz Idea d'un ordine giudiziario, Berlino 1815. par. I. p. 216. Al contrario Fuchta l. c. to. I. p. 282 — 289.

di mero diritto privato, e non mai pene propriamente dette (1); onde ne rimane piuttosto confortato che indebolito il nostro principio (2). L'unico passo del diritto romano, che si potrebbe addurre contro l'impunità di tali menzogne, è la L. 5. Cod. *Si contra jus, vel utilitatem, vel mendacium fuerit aliquid postulatam*: ma l'intera concessione di questo testo prova evidentemente, che il medesimo non si riferisce al processo civile ordinario, ma a quel processo, che Hollweg ha chiamato di rescritto (*Rescripta processus*) (3), onde la legge ha cessato di essere applicabile fino da quando il nostro sistema di procedura si discostò da quei particolari del procedimento romano (4). Del resto l'opinione degli scrittori moderni si è manifestata così decisamente per l'impunità di tutte le asseverazioni di questa fatta nel giudizio civile (5), che oggi la controversia può dirsi veramente terminata (6).

Un esempio molto opportuno per illustrare la nostra seconda regola, e metterla alla prova la giustezza, ce lo forniscono quelle molplici fraudolenze, che nella vita comune accadono tuttodì nei contratti. A tenore del diritto romano si procedè con grande indulgenza nel punire i casi di questa specie (7); ed anche i nostri codici moderni concordano

pienamente in questa massima (8). La ragione di tale unanimità consiste certamente nel sapersi, che nei contratti ciascheduno dee stare apparecchiato all'inganni della parte, con la quale contrae, e che perciò, tantochè i medesimi non sieno di natura straordinariamente sottile e difficile a penetrarsi, fa d'uopo comportare il pregiudizio sofferto. È in fatti evidente e generalmente riconosciuto, che le lodi dei mercanti rispetto alla bontà ed alla durata delle loro merci, le asserzioni de' vinaj intorno all'origine ed agli anni del loro vino, le assicurazioni dei negozianti di cose d'arte rispetto all'autore d'un quadro, le asseverazioni degli antiquarj intorno alla sincerità d'un'anticaglia, e simili, debbono considerarsi immuni da pena; perchè in tutte queste circostanze niuno si può prudentemente aspettare di udire la verità, e perciò deve imputare alla propria credulità l'inganno, in cui gli avvenne d'incorrere (9). Ma la cosa va ben altrimenti, allorchè la frode, sebbene in generale si potesse prevedere, fu per altro commessa nel caso particolare con sì straordinaria sottigliezza, che il fraudato, per le condizioni individuali della sua persona, non la potè affatto riconoscere, nè allontanare. Ci somministra un esempio di questa specie quello che Livio narra di M. Postumio, che nella sua qualità di pubblicano si rese reiteratamente colpevole, per mezzo di un finto naufragio, delle frondi più sottili rispetto alle forniture dell'esercito (10). Cicerone racconta il caso di un certo Pittio, che circonvenne C. Canio cavalier romano, desideroso di comprare una villa nelle vicinanze di Siracusa, facendogli trovare accanto al giardino una moltitudine di pescatori, e dandogli ad intendere, che quella marina, dove non pescava mai alcuno, fos-

(1) Conf. Glück Dichiarazione delle Pandette par. VI. p. 182 — 184. Martini Elem. di procedura civile §. 39. Linde Elem. di proc. civ. §. 118. nota 6. Bayer Esposizioni di proc. civ. p. 35.

(2) V. anche Waechter Elem. II. p. 230 — 238.

(3) Conf. Bethmann Hollweg Instit. di procedura civ. to. I. 399 — 402.

(4) Conf. Menochius de arbitrar. jud. quæst. L. II. cas. 314. Harpprecht Diss. de crim. stellion. n. 102 — 109.

(5) Günner Osserv. al cod. di Bav. to. II. p. 231. Bauer Elem. §. 269. nota c. Heffter Elem. §. 384. nota 2. Krug Studj per l'interpretazione e per l'applicazione del cod. crim. di Sassonia par. II. p. 120. Günther Vocabol. giurid. di Weiske to. II. p. 87. Escher Dottrina della frode p. 206 — 210.

(6) Tutto ciò naturalmente si deve intendere delle affermazioni e menzogne semplici perocchè ogni qual volta una parte non si sia contentata di queste, ma abbia effettivamente prodotto documenti falsi o falsificati, dee sempre aver luogo una pena, e precisamente quella della falsità. L. 31. D. de L. Cern. de falsis.

(7) L. 16. §. 4. D. de minor. L. 43. D. de contrah. emt. L. 22 §. 3. D. locali. L. 43. §. 3. L. 52. §. 15. D. de furtis.

(8) Cod. di Bav. art. 259. 260. Cod. di Grecia art. 307. Cod. di Sassonia art. 246. Cod. di Württemb. art. 352. Progetto di Baden art. 411. Intorno all'insufficienza di queste disposizioni. V. Mittermaier Annali di Demme to. VI. p. 24 — 27. Schüller Contribuzione alla critica del cod. crim. per la Sassonia. p. 85.

(9) *Laudat venales, qui vult extrudere, merces.* Horat. epist. II. 2. 11. Günner Osserv. al cod. di Baviera, to. II. p. 245. 246. Klien Nuova Archivio di dir. crim. I. p. 154. 155. Oersted Esame del progetto di un nuovo cod. pen. per la Baviera, p. 357. 359. Mittermaier, Elem. di Feuerbach §. 412. nota 3. Escher, Dottrina della frode, p. 111. 112.

(10) Livius XXV. 3.

se la più fruttuosa di pesca fra tutti i contorni della città, ed inducendolo così a pagare un prezzo ingente (1). Un altro esempio di grande importanza ci vien fornito da una causa agitata pochi anni sono in Parigi, contro Cleemann e compagni, come fondatori di una società per la escavazione nelle miniere di *Saint Berain* e *Saint Leger*. I numerosi azionisti furono maestrevolmente trappolati da un mendace prospetto degl'impresa-ri, dalle lusinghiere informazioni dei giornali, e specialmente dalla fraudolenta perizia di un pubblico ingegnere, per la somma di 324,500 franchi (2). In tutti questi casi deve intervenire, a motivo dell'astuzia e sottigliezza dei mezzi adoperati, una punizione, purchè da circostanze affatto particolari non si possa desumere, che il fraudato, a tenore della circospezione e prudenza da lui dimostrata in tutte le altre occasioni; sarebbe stato in grado di difendersi. E quando Preuschen afferma, che nel secondo dei riferiti casi non possa aver luogo alcuna pena (3), ciò dee riputarsi inesatto, a meno che non si potesse provare, che la prudenza di C. Canio fosse più che comune e veramente straordinaria. Non dee per altro trapassarsi in silenzio, che, a riguardo almeno di certe astuzie nei contratti, e specialmente di cavalli, la pubblica opinione ha stabilito per eccezione, che debbono riputarsi umani da pena quelle frodi, che non si possono affatto scoprire, o solamente con un grado di cognizione, a cui pervengono pochissimi. Accade frequentemente, che dei cavalli vecchi, artificiosamente accomodati nei denti incisivi, onde specialmente si riconosce l'età di questi animali, sieno spacciati per giovani, senza che venga in meno ad alcuno di domandare la punizione della frode. Onde si può dire, che in simili contratti la pubblica opinione ammette per finzione giuridica, che ogni contraente possessa il grado supremo di esperienza e di perizia, e debba perciò incolpare sè stesso, se in qualche caso

non si servì della sua particolar cognizione (4).

Del resto, prescindendo da questi casi di eccezione, nelle frodi, che accadono ne' contratti, fa di mestieri aver sempre riguardo all'individualità del fraudato, e perciò decretare una pena, ognorachè risulti che la persona circonvenuta non sia stata in grado di penetrare il tesoro inganno. Io qui richiamerò l'attenzione principalmente a quel tranello, conosciuto appresso i Romani sotto il nome di *venditio fumi* (5), per cui il frodatore, pretesendo di avere una particolare influenza su di persone di alta sfera, piglia danaro da altri per loro procurare un qualche vanlaggio, esempigrazia la collazione d'un impiego, o, come accade più sovente oggidì, per esimerli dalla carcere, dalla coscrizione, e simili altre gravanze (6). Imperocchè, sebbene una corte francese abbia detto, che una tale influenza non è escogitabile, *parce qu'il est impossible de croire, qu'un simple particulier puisse avoir quelque influence sur l'esprit des juges*, e che perciò non è dato parlare d'un inganno punibile (7); bisogna contemplar d'altra parte la personalità d'fraudati: e, se questi, come d'ordinario accade, sono individui, che per la loro posizione e maniera di vivere non hanno modo d'intendersi dell'affare, onde si tratta, e presupposero per lo meno la

(4) Vi sono viceversa dei contratti, che secondo l'opinione generale presuppongono la più illimitata fiducia, e nei quali si dee punire anche la frode più grossolana, a tenore della nostra prima regola. Ne ho citato di sopra un esempio nelle contrattazioni, che si fanno cogli jettieri, con gli orfelli ec. V. anche Meister Osservazioni pratiche di diritto crim. e civ. t. I. p. 197 — 207.

(5) Capitolinus Antonius Pius c. 11. Lampridius Heliothal. c. 15. Alexand. Sever. c. 23. 36. Conf. Paul. Rec. Sent. V. 25. 13. A ciò si riferisce l'epigramma di Marziale IV. 6. 7. *Vendere nec vana circum palatia fumos*. Che la *venditio fumi* debba riputarsi una specie dello stellionato romano, lo mostra Pernice, *Diss. de furum genere, quod directar. nom. cc. accedunt de fumi venditoribus observationes* Gotting. p. 50. V. anche Madai *Diss. de stellionato*, p. 27.

(6) Rume Compert. on. the law of Scotland, vol. I. p. 174. Carnot Comment. sur le code pénal, t. II. p. 323. Hohendorst, Annali della corte di Mannheim, an. 1826, p. 142 — 165.

(7) La sentenza fu cassata con l'arrêt du 28 Mars 1812. V. Dalloz l. c. t. VII. p. 562 — 563.

(1) Cle. de off. III. 14.

(2) *Gazette des tribunaux* des 21 — 24 Juin, 17 — 23 Août 1838. Un caso simile relativo alle miniere si trova nella *gazette des trib. des 16. 17. 20. 23. Mars 1839*. V. altri esempi di questa specie in Escher Dottrina della frode p. 138 — 191. Conf. Russel *Crim. and misdemeanors* vol. II. p. 123 — 126.

(3) Preuschen Contrib. alla dottrina della frode p. 25. nota V.

possibilità di quella influenza; fa d'uopo, a tenore della nostra regola, applicare senz'altro la pena della frode (1).

Anche più chiara apparisce la necessità di aver riguardo all'individuo danneggiato nelle frodolenze commesse per via d'incantesimo, di scongiuro di spiriti, d'alchimia, d'invenzione di tesori, di predizioni, e simili. Che le disposizioni delle nostre fonti del diritto comune, lo quali presupposero, secondo le idee di que' tempi (2), la possibilità di simili arti (3), e ne riguardarono generalmente l'esercizio come delitto degno di morte (4), non si possono oramai più applicare, ma che piuttosto tutte queste azioni si debbano considerare come specie particolari di frode, è oggidì riconosciuto tanto dalla scienza, quanto dai codici moderni (5). Si potrebbe opporre, che nella stato presente di civiltà è difficile immaginare, che alcuno si lasci illudere da simili gherminelli: ma siccome l'esperienza dimostra, che ciò non ostante i casi di questa specie sono abbastanza frequenti (6), così non è da dubitare, che appunto a motivo dell'angusto intelletto de' truffatori debba anche in questi casi aver luogo effettivamente una pena (7). Un'eccezione sarebbe da farsi solamente

quando dall'intera personalità dell'ingannato si potesse dedurre, che egli, sebbene convinto in generale della falsità di quegli atti, fosse stato circonvento per propria colpa. Ma in tutti questi casi è di speciale importanza l'osservazione fatta di sopra, che nelle frodi di tenuissimo momento si dilegua ogni penalità. Laonde nelle cure semplici, nell'interpretazione de' sogni, e nel tiro delle carte per indovinar la fortuna, comechè tratta di una meschina mercede, sarà impossibile il più delle volte la persecuzione criminale della frode, sebbene concorran tutti gli altri requisiti della penalità (8).

Meritano una speciale attenzione le furberie de' mendicanti (9). È riconosciuto universalmente, che questi, contro di cui sono sempre applicabili i provvedimenti di polizia (10), non possono considerarsi come veri e propri frodatori, quando le menzogne, da essi spacciate, di sciagure, di malattie, e simili, e benchè non sieno affatto vaghe e indeterminate, ma si riferiscano ancora a fatti speciali d'incendio, di grandinate, di rapinamenti, consistano per altro in asserzioni meramente generali, e non si aggirino su di alcuna circostanza particolare (11). Il che risulta ancora dalla nostra regola; avvegnachè non vi sia alcuno, che soglia dar peso a sì fatte imposture. Ma la cosa è ben diversa, quando tali menzogne, o per loro natura (esempigravia nella simulazione della cecità, o della sordità), o per via degli addotti particolari (esem-

(8) Annali di legislaz. e di giurisprud. per la Baviera, compilati da Cöner e da Schmidlein t. I. p. 253—260. Escher Dottrina della frode, p. 103. 108.

(9) Che per via della mendicanza, che lodevolmente ad una donazione si possa commettere una frode nelle relazioni contrattuali, è proposizione, che non abbisogna di prova. Waechter Elem. II. p. 216.

(10) L. un. Cod. theod. de mendicant. non invol. l. un. Cod. just. de mendicant. vapidis. Nov. 80. cap. 5. Code pénal art. 274. 276. l'od. austr. par. II. §. 261. 2662. Cod. gréco art. 862. 863. Progetto di Baden art. 587. 590. V. anche Platone delle leggi XI. p. 936. « In mezzo a noi non si comportino pischie. « Se taluno andasse accettando con insistenti « preghiere, sia cacciato dal foro, dalla città « dalla campagna, affinché il territorio riman- « ga onninamente purgato da sì fatto animale ». (11) Annali di legislaz. e giurisprud. per la Baviera compilati da Cöner e da Schmidlein t. I. p. 261—266. Krug Studj per l'interpretazione e per l'applicazione del cod. crim. di Sassonia. par. II. p. 126. Mittermaier Elem. di Feuerbach §. 412. nota 5.

(1) Tittmann Instit. II. p. 493. Abegg Elem. di Feuerbach §. 181 nota 1.

(2) Conf. Jareke Instit. II. p. 48—61 Rosshirt storia e sistema ec. III. p. 150—153.

(3) È noto, che i romani instruiti pensavano altrimenti. Conf. Cic. de nat. deor. L. 26. de divinaz. II. 24. Seneca Natural. quæst. IV. 7. Plinius Nat. Hist. XXX. l. et seq. Horat. Satyr. I. 8. 23. seq. Juvenal. sat. VI. 511. seq.

(4) C. C. C. art. 109. Naut. Rec. Sant. V. 23. §. 15—18. L. 13. D. ad L. Corn. de sic. L. 30. D. de poenis. L. 9. Cod. theod. de paganis. L. 2. Cod. Just. cod. L. 3—7. Cod. theod. de maleficiis. L. 4—7. Cod. Just. cod. V. Tacit. Annal. II.

(5) Dir. prov. pruss. par. II. tit. XX. §. 1462 Cod. aust. §. 180. (Jennutt Comment. par. II. p. 369.) Cod. di Bav. art. 263. Cod. gréco art. 399. Cod. di Würtemberg. art. 353.

(6) V. Klen Annali t. IV. p. 3—12. t. IX. p. 363—378. Gazzetta de tribunaux du 1. Mars 1839.

(7) Si presuppone sempre, che il preteso incantatore scongiuratore ec. avesse la coscienza della falsità dell'arte propria; perocchè nel caso contrario sarebbe luogo applicare dei provvedimenti di polizia, ma non già una pena propriamente detta. Tittmann Instit. II. p. 397. Heuke Instit. III. p. 66. Paul. Rec. Sent. I. 12. §. 3. « Qui falsum noxiens allegit, falsi poena non tenetur. »

pigrizia nel racconto di tutte le circostanze d'una sofferta rapina), sieno di tal indole, che l'uomo il più circospetto possa rimanere ingannato: nel qual caso si fatte fraudolenze, ognorachè non si potessero scoprire, o non si potessero almeno con quella prudenza, che si suole in simili incontri applicare, si dovrebbero certamente punire (1). E per la stessa ragione riputeremo punibile la frode, quando i mendicanti, per sostenere le proprie asserzioni, esibiscano certificati scritti, o intraprendano collette a nome di stabilimenti di beneficenza, dai quali non abbiano ricevuto alcuna incumbenza, e con animo di convertire in proprio vantaggio i danari, che raccolgono (2). Si possono ancora figurare dei casi, in cui il semplice mendicare, anche senza bisogno di aver riguardo alle imposture usate, meriti pena, perchè a motivo delle circostanze particolari niuno sospetta un inganno: nel qual caso non viene in applicazione la seconda, ma bensì la prima delle nostre regole. Di che si ebbero tempo fa frequentissimi esempj, quando molti individui dell'uno e dell'altro sesso andavano girando sotto il nome di sciagurati Polacchi, e velando così la loro vagabondità si approfittavano della compassione eccitata dai casi miserandi della loro supposta patria.

Oltre alle fraudolenze, che intervengono ne' contratti, meritano finalmente la nostra attenzione quelle che si commettono con l'attribuirsi falsi nomi, o false qualità. Secondo gli antichi dottori, ogni caso di questa specie, qualunque sia il motivo, o lo scopo, per cui alcuno si attribui il falso nome, o le false qualità, si dovrebbe punire (3). Qui per

altro bisogna fare una distinzione. Che non debba aver luogo alcuna pena, se taluno, per qualunque fine almeno giuridicamente lecito, voglia deporre, anche per qualche tempo, il nome, che ha portato finora, e prenderne un altro, semprechè non si proponga così di violare i diritti altrui; è cosa, che per causa del difetto di dolo s'intende da se, e che si trova ancora espressamente riconosciuta nelle nostre fonti del diritto comune (4). Postochè poi taluno assuma un falso nome, o una falsa qualità, esempigrazia si attribuisca una certa condizione, una certa dignità, un certo titolo, un certo ordine cavalleresco, con una intenzione veramente ingiusta; o questa può esser diretta ad esercitare dei privilegi, essenzialmente e necessariamente connessi con quel dato grado, o ad usurpare dei diritti di famiglia collegati con quel dato nome, oppure a pretendere certe preferenze casuali di mera convenzione, ma non già necessarie e legali. Per lo che fa di mestieri sudiistinguere. Dove l'intenzione del frodatore sia diretta ad ottenere privilegi o vantaggi, che si possono legalmente estorcere; tutto dipende dal determinarsi, se in questo modo sia stato violato, o no, un vero diritto coattivo. Nel secondo caso, come taluno esempigrazia si scrocca un nome altrui, penetra in certe conversazioni, arrogandosi nobiltà, cerca d'imporre al pubblico portando ordini cavallereschi, e simili, non si può naturalmente parlare di frode punibile, perchè manca la violazione d'un diritto coattivo (5), e solamente sarà luogo ad una coercizione di polizia a motivo dell'offesa arrecata ai diritti signorili (6). Se al contrario è stato violato un diritto coattivo, come quando il frodatore, spacciandosi per parente di una ricca e conosciuta famiglia, o come

(1) *Menochius de arbitrar. jud. quaest. L. II. cas. 532. n. 19. Corpuz Prax. rer. crim. qu. 93. n. 75 — 77. Leyser Spec. 617. med. 8—10. Tittmann Instit. II. p. 490. Cod. austr. par. II. §. 263. Cod. di Würtemberg. art. 198. All'incontro andrà esente da pena, per mancanza di violazione d'un diritto coattivo, la simulazione d'una malattia, non per intenzione di guadagnare, ma ad oggetto di procurarsi l'attenzione del pubblico, a soddisfazione di vanità. Conf. Bezin nell'ant. archivio di dir. crim. t. III. fasc. 2. p. 120—180.*

(2) Dir. prov. pruss. par. II. tit. XX. §. 1392. 1393. Osservaz. al cod. di Bav. t. II p. 264. Tittmann Instit. II. p. 490 Henke Instit. III. p. 68. Escher Dottrina della frode, p. 100—102. V. anche Hitzig Giornale t. XVII. p. 388—393.

(3) *Menochius de arbitrar. jud. quaest. L. II. cas. 318. n. 19—33. Farinac. qu. 150. n.*

80—88. 137—145. Damhonder cap. 123. n. 10. Corpuz qu. 93. n. 36—42. Leyser Spec. 615. med. 38.

(4) L. 63. §. 10. D. ad SC. Trebell. L. un. Cod. de mutat. nom. Diversi esempj storici di questa specie si trovano appresso Menoch. de arbitrar. jud. quaest. L. II. cas. 318. n. 9—13.

(5) Henke Instit. III. p. 68. Mittermaier Elem. di Fenerbach §. 412. nota 7. V. anche Rosshirt Storia e sistema ec. III. p. 17.

(6) L. 2. §. 1. D. de re mil. L. un. Cod. ad L. Visell. Quistorp Principj II. §. 414. Tittmann Instit. II. §. 493. Dir. prov. pruss. par. II. tit. XX. §. 1397. 1440. V. alcune nuove ordinanze in Mannkopf Dir. pen. pruss. Berlino 1838. p. 494—496. Cod. greco art. 228. 534.

individuo di grado conspicuo, si sia procurato un prestito (1), l'essenza di fatto della frode sussiste: ma rispetto alla sua criminalità non si può assegnare una norma generale; perchè, a tenore dei nostri due principj, tutto dipende dalla natura dell'azione, e dalla specie dei mezzi adoperati; e, secondochè questi sieno d'una qualità, o d'un'altra, si applicherà la prima o la seconda delle regole esposte, ed avuto riguardo alle avvertenze fin qui fatte si deciderà della penalità, o della impunità di ogni caso. Postochè abbia luogo all'incontro la seconda presupposizione, cioè l'intenzione del frodatore sia diretta ad esercitare, mediante l'assunzione del falso nome, o della falsa qualità, un diritto, che si possa estorcere, bisogna nuovamente distinguere, se ciò accade transitoriamente a riguardo d'un singolo atto, o se si riferisce a tutto l'avvenire, e si connette con tutti i diritti collegati con quel dato nome, grado ec. Nel primo caso, come se taluno fa un testamento sott' altro nome (2), od un minore conchiude un affare giuridico in qualità di maggiore (3), d'ordinario la frode sarà punibile; perocchè in simili casi taluno si aspetta imposture, ed anche l'uomo il più circospetto può restare circonvenuto senza grandi artifizj. Se poi il frodatore vuol far valere per tutto il tempo avvenire i diritti di famiglia o di grado, collegati col falso nome o con la falsa condizione, una pena potrà d'ordinario aver luogo solamente quando i mezzi usati sieno mirabilmente sottili e fraudolenti, o le circostanze del caso sieno eccezionali per modo, che l'inganno si potesse difficilmente penetrare. Un esempio dell'ultima specie ci viene offerto dalla *suppositio partus*, già considerata punibile dal diritto romano (4), del pari che da tutte le moderne legislazioni (5). Esempj della

prima specie, come il caso di colui, che sostenuto dalla somiglianza e dalla cognizione di tutte le circostanze di un'altra persona, si spaccia per individuo d'una determinata famiglia, o pel marito creduto morto d'una certa donna, e simili, si presentano non di rado nell'antica e nella moderna istoria (6), e segnatamente nel tempo delle Crociate furono molto comuni. Ma che simili fatti, segnatamente nella maggior parte delle moderne legislazioni, vengano dichiarati punibili indefinitamente è senza eccezione (7), non è cosa giusta; perchè difficilmente si trova chi si lasci ingannare da menzogne meramente generali, e non motivate, ma ognuno anzi, quand'anche potesse giudicar superflua qualunque altra indagine intorno al minore, che si asserisce maggiore, presterà fede al frodatore solamente quando egli sappia sostenere le sue affermazioni con argomenti di tanta apparenza, che non sia dato scoprire, non ostante ogni sforzo, la falsità delle medesime. E perciò, quando si voglia immaginare il caso, che taluno riesca ad entrare nella famiglia altrui per via dell'inganni più grossolani più evidenti, onde si lascerebbe appena illudere l'uomo più insensato e più credulo, ed il fraudato, di cui si tratta, dovesse d'altra parte riguardarsi per una persona esperta e circospetta; sarebbe sempre da credere, che egli dovesse imputare a sè stesso la frode, nella quale è caduto, e che quindi non fosse luogo, a tenore del nostro secondo principio, all'applicazione di alcuna pena.

A me pare, che gli esempj riferiti basteranno a dichiarare le due regole stabilite, ed a renderne chiara l'applicazione a tutti i casi, che si possono presentare. Noi per altro abbiamo ragionato finora della sola frode positiva, vale a dire eseguita con le commissioni effettive dell'agente, mentre universal-

(1) Che le generali disposizioni contenute nella L. 13. pr. e nella L. 27. §. 2. D. de L. Corn. de falsis si debbano restringere a questi casi, risulta da Paolo Rec. Sent. V. 25. §. 14. 12. V. anche L. 52. §. 21. L. 66. §. 4. L. 80. §. 6. D. de furtis. Conf. Pfister Casi crim. notevoli t. I. p. 383—391. 412—428.

(2) Conf. Cicero pro Cuentio. c. 13. Plin. Nat. Hist. VII. 10. Valer. Max. IX. 14. v. 1. Clarus Rec. Sent. III. qn. 59. n. 1. Pfister Casi crim. not. t. V. p. 1—24.

(3) V. specialmente Escher Dottrina della frode p. 177—183.

(4) L. 19. §. 1. L. 30. §. 1. D. de L. Corn. de falsis. L. 1. Cod. Conf. Abegg nel nuovo archivio di dir. crim. XI. num. 21.

(5) Bir. prov. pruss. par. II. tit. XX. §.

1430—1439. Cod. di Bav. art. 282. Cod. greco art. 335. Cod. di Sassonia art. 262. Cod. di Württemb. art. 371. Progetto di Baden art. 430.

(6) Valer. Max. IX. 15. Appianus de B. C. III. 2. 3. Josephus Antiquit. Judaic. XVII. 12. Clarus Rec. Sent. V. quæst. 83. n. 3. Pitaval Causes célèbres t. I. p. 1—30. t. II. p. 3—206. Diction Jurisprudence du Royaume t. VIII. p. 591—593. Gazette des tribunaux des 21 Février et 2 Mars 1839. Pfister Casi crim. not. t. I. p. 392—412.

(7) Cod. di Bav. art. 391. Cod. greco art. 357. Cod. di Sassonia art. 261. Progetto di Baden art. 428. 429. V. anche i motivi del codice di Norvegia. p. 324.

mente, così nella scienza (1), come in tutte le antiche (2) e moderne legislazioni (3) è riconosciuto, che sebbene la della specie sia la più comune, pur qualche volta si presenta anche la frode negativa, operata dal frodatore per via d'omissioni, e mettendo a profitto un errore, che già esisteva. Per lo che sarà necessario aggiugnere, a corona del nostro discorso, poche parole sopra la frode negativa.

Comunemente si è trovato difficilissimo lo stabilire in questa parte i debili confini tra la frode meramente civile, e quella propriamente criminale: ed anche dai recentissimi ragionamenti di Cuccumius si può desumere, quanto sia poca la concordia, che regna nella presente materia (4). Ma la questione, a parer mio, è molto semplice, e fa d'uopo deciderla con le medesime regole, che governano la punibilità della frode positiva. In fatti anche qui bisogna sempre guardare, se il fraudatore poteva, secondo quelle date circostanze, aspettarsi un inganno, o no. E siccome, a mio credere, tutti i casi di frode negativa sono generalmente di tal indole, che uno dee sempre aspettarsi un inganno, e non può mai contare sopra un'onestà illimitata, così risulta di per sè, che non è dato applicare la prima, ma solamente la seconda delle nostre regole. Or si figurino esempigrazia i casi seguenti, citati da Cuccumius. Un erede pensa di accettare senza inventario una eredità indebitata, perchè non conosce una gran parte dei debiti, o perchè crede, che esistano sem-

pre certe porzioni di patrimonio, che ne furono già distaccate. Un creditore dell'eredità, al quale è noto il vero stato delle cose, si accorge dell'errore dell'erede; ma sapendo che le forze ereditarie sono appena capaci a coprire il venti per cento dei debiti, e che dal patrimonio dell'erede v'è da aspettarsi l'intero pagamento, lascia, che egli adisca puramente e semplicemente col suo grave danno (5). — *A*, che falsamente reputa d'oro l'orologio di *B*, gliene profferisce dieci zecchini; e *B* non esita a stringere il vantaggioso negozio, sebbene sappia, che *A* si trovi in errore intorno alla materia. — *C*, capo del Comune, cerca un prestito per soddisfare ad un proprio debito, e *D* si dichiara pronto a somministrargli il contante, credendo di mutare al Comune. Amendue si portano col danaro dal creditore, il quale riceve il suo pagamento, mentre *C* ben si accorge, che *D* persevera nella credenza di pagare un debito del Comune. In capo a breve tempo si apre un concorso di creditori sul patrimonio di *C*, e *D* perde la somma lui prestata, accorgendosi troppo tardi del proprio errore (6). In tutti questi, ed in altri simili casi il fraudatore doveva star preparato all'inganno, cioè, secondo l'ordinario andamento delle cose del mondo, non poteva contare di essere informato della verità; onde la frode, dalla quale è rimasto accalappiato, dee giudicarsi a tenore della nostra seconda regola. Ma poichè sotto l'influenza di questa seconda regola non può esser parola di una frode punibile, che quanto l'inganno eseguito sia stato tale da non poterarsi, a motivo della particolar sottigliezza dei mezzi adoperati; conseguita necessariamente, che quando si tratta di frode meramente negativa, cioè ogni qual volta il frodatore non fece uso di una positiva attività, ma il tutto accadde per cagione di errore in altra guisa eccitato, non si debba applicare alcuna pena (7). Se per altro la frode meramente negativa dee bandirsi dal territorio del criminale diritto, non vuolsi lasciare inosservato, che i casi della medesima sono rarissimi, e che

(1) Gli antichi giuristi ponevano la regola: *Falsitas committitur etiam tacendo, et omitendo id, quod taceri et omitti non debebat*. Farinac. qu. 150. n. 74. Harprecht de crim. stellionatus n. 47—50.

(2) L. 14. D. de condiet. caus. dat. L. 18. D. de condiet. furt. L. 43. pr. §. 2. L. 44. §. 1. D. de furtis. L. 29. §. 5. D. Mandati. L. 49. pr. D. Locati. L. 1. §. 9. D. de L. Corn. de falsis. Cap. I. X. de crimina falsi: *Uterque rursus est, et qui veritatem occultat, et qui mendacium dicit*.

(3) Cod. austr. art. 176. Cod. di Bav. art. 257. Cod. greco art. 396. Cod. di Sassonia art. 345. Cod. di Württenb. art. 351. Progetto di Badeo art. 409. V. anche i motivi del cod. di Norvegia p. 308. 311. 312. Pare, che il solo dir. prov. prussiano, par. II. tit. XX. §. 1250., faccia qui un'eccezione.

(4) Conf. Cuccumius nel nuovo archivio di dir. crim. no. 1835. num. 22. anno 1837. num. 15. 19. V. anche le osservazioni al cod. pen. di Bav. I. tit. p. 230—234. Mittermaier Annali di Dumeil I. VI. p. 13—15.

(5) Cuccumius nel nuovo archivio di dir. crim. anno 1835, p. 870.

(6) Cuccumius I. c. anno 1837, p. 431. 435.

(7) Che per la frode punibile non basti la semplice omissione, ma che si richieda un'attività positiva, è stato chiaramente espresso anche nel cod. di Baviera art. 357. e nel progetto di Baden art. 409. Conf. Cuccumius I. c. anno 1835. p. 573—582. ed. Escher Dottrina della frode, p. 161—165.

d'ordinario il frodatore con la sua condotta, cioè con una maniera di agire più o meno positiva, conferma il fraudato nel proprio errore, e così, se non cagiona, fortifica almeno e promuove l'inganno. Prescindendo in fatti dal citato esempio del creditore dell'eredità, dove l'errore si può certamente figurare col semplice silenzio del vero (1), negli altri casi addotti si trova sempre un'azione positiva, la quale, ancorchè consistesse in due sole parole, o nel semplice atteggiamento, fu diretta a confermare il fraudato nel proprio errore, e ad indurlo ad

(1) Si verifica il medesimo caso, quando un mercante ha trascurato alcuni oggetti nel conto, mandato al suo avventore, e questi, sebbene si accorga dell'errore, paga il detto conto e se lo fa quitanzare.

un fatto pregiudicevole. Anche nella semplice riscossione d'un indebito è difficile ad immaginare, che il ricevente non cerchi di darsi almeno l'apparenza di creditore, con la quale viene ad imprimere l'ultimo sigillo all'errore dell'altro. Or se, esclusa la frode paramente negativa, tutti gli altri casi, che qui fanno capo, presuppongono sempre un certo grado di attività; risulta evidentemente, che i medesimi si dovranno giudicare con gli stessi principj, che abbiamo applicati alla frode positiva. E siccome fu notato di sopra, che qui vuoi si far uso semplicemente della nostra seconda regola, così questi casi non si potranno punire, che quando non fosse dato scoprire il vero stato delle cose, o per la natura dell'oggetto, o per l'indole individuale della persona ingannata.

## INTORNO AL DIVIETO PENALE DELL' USURA

RIFLESSIONI DI HESSE.

ESTRAITTE DAL TOMO XXII FASC. 1. E 2. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO  
CRIMINALE, ANNO 1834 (a).

La questione « se, e quali disposizioni di diritto penale sieno opportune contro l'eccesso della misura legale del frutto del danaro » è diversamente risolta in varj codici e progetti di codici penali tedeschi; perocchè alcuni si sono attenuti nell'essenziale alle antiche prescrizioni imperiali, altri sono ricorsi ai principj della frode; questi hanno voluto, che la materia appartenesse alla giustizia ordinaria, quelli alla polizia.

Nella presente memoria sarà esaminata l'opportunità delle leggi penali contro l'usura in generale, e si cercherà di porre in chiara luce le analogie di alcune moderne legislazioni germaniche nella presente materia (1).

Henke nel § 213. delle sue istituzioni di diritto criminale dice, che il difetto di chiare idee di economia pubblica e nazionale, la confusione di punti di vista giuridici e morali, e la trascuranza delle relazioni particolari di ogni popolo, e di ogni Stato, hanno prodotto i divieti penali dell'usura. Noi siamo della medesima opinione di Henke, e vogliamo discuterla con qualche accuratezza nel presente discorso.

## §. 1.

Le proibizioni penali, che s'incontra-

(a) Le leggi penali del Regno delle due Sicilie non hanno alcuna disposizione particolare sulla usura; bensì vi è la punizione nel caso di frode. L'interesse che accordano le leggi civili non può oltrepassare il cinque per cento, e negli affari commerciali il sei. Per l'interesse convenzionale ove appare, oltrepassato di molto il limite legale, il giudice può diminuirlo sino ad una convenevole ragione.

(1) Conf. le osservazioni del prof. Mohl alla legge di polizia penale di Württemberg nel fasc. aggiunto all'archivio del 1810. p. 74—83.

no nel diritto romano e canonico, derivarono dall'antico rigore dei Romani sul credito, e dalla reverenza dei canonisti per le massime delle leggi mosaiche. E quando l'ordinanza imperiale di polizia del 1530 adottò quei principj; ciò in parte dipendè dal rispetto religioso, allora predominante, pel diritto canonico, in parte dal basso grado, in cui si trovava in allora l'industria, onde il danaro si cercava di rado per agevolare utili imprese, ma piuttosto per allontanar la penuria del momento. Di più il traffico del danaro si faceva da per tutto dai perseguitati Giudei, e, come di un oggetto non destinato al commercio, si teneva per dispregevole.

Ma se prescindiamo da queste cause delle antiche leggi in materia d'usura, scorderemo pur chiaramente, che non solo è soggetta a difficoltà rilevanti la comminazione penale contro l'eccesso della misura legale del frutto del danaro, ma ancora la determinazione di un qualunque *maximum* della medesima.

## §. 2.

Le leggi non si fanno per pochi anni, ma per molti, ed anche per secoli intieri: e perciò non sono commendevoli quelle disposizioni, che riposano sopra condizioni di fatto, le quali si può prevedere, che nel corso del tempo soggiaceranno a mutazioni frequenti, e considerabili.

La determinazione di una qualunque misura legato del frutto, se dee corrispondere alle relazioni rispettive d'ogni volta, soggiace a gravissime difficoltà, non solo per causa delle circostanze mutabili dei tempi, ma ancora di quelle diverse di un dato tempo, nel quale le usure si possono promettere e riscuotere.

Perchè lo stabilimento di un *maximum* sia giusto e conveniente, bisogna, che corrisponda alle condizioni industriali del popolo, per cui è fatta la legge, e che, ogni volta che questa viene in applicazione, si possa affermare, che l'eccesso, di cui si tratta, della misura legale non è proporzionato al tempo.

Se pertanto è agevole determinare in un dato tempo, qual sia la giusta misura del frutto; il fissarla poi per uno spazio di cinquanta, o di cent'anni sarà assolutamente impossibile.

Il più delle usure dipende dal prezzo corrente del danaro, e questo prezzo dipende alla sua volta dalla guerra, e dalla pace, dallo stato dell'economia paesana, dall'industria, dal commercio, e da molte altre circostanze, che molti anni prima che abbiamo luogo, non che esaminare, non si possono neppure cogliere.

Se rivolgiamo il pensiero ai trent'anni ultimamente trascorsi, troveremo conferme della nostra asserzione. Dal 1810 fino al 1815 il frutto del sei per cento fu egualmente proporzionato che quello dei tre per cento in molta parte degli anni posteriori. Perchè nel primo periodo doveva esser proibito il sette, e permesso nel secondo il cinque ed il sei?

### §. 3.

Ma facendo ancora astrazione da queste oscillazioni del prezzo del danaro secondo la diversità dei tempi, e delle relazioni, che in essi predominano, noi crediamo di poter affermare non senza fondamento, che è estremamente difficile il fissare, anche per un dato periodo, un *maximum* deciso di usura, il quale corrisponda a tutte le circostanze.

L'incomodo, la perdita, il guadagno mancato, ed il rischio, sono diversissimi nei varj imprestiti, secondo la differenza de' creditori e dei debitori.

Chi troverà ingiusto, non facendo conto del diritto vigente in materia, che colui che vuole mille fiorini per otto giorni, debba pagare il duplo od il triplo di ciò, che si reputa giusto dirimpetto a chi prende la medesima somma per uno, o per più anni? Se il mutante è un privato ordinario, e non un negoziante, a cui tali somme ritornino, e da cui riescano giornalmente in cerca di nuovi profitti; con la consegna, e con la riscossione del capitale, con la compilazione del chirografo, con le cautele per garantirsi dalla perdita, vanno congiunte sì fatte circostanze, e dilazioni, che

non stanno in veruna giusta proporzione col frutto del cinque per cento per otto giorni.

Come può influire sulla quantità del frutto il tempo, per cui è domandato l'imprestito, così v'indurranno ancora le relazioni personali del debitore, talora anche quelle del creditore, e specialmente la maggiore o minor sicurezza, ond'è garantito. Chi può discretamente pretendere, che il creditore faccia un imprestito senza la menoma sicurezza al medesimo frutto, che ha convenuto in un altro imprestito, in cui, per quanto può vedere l'umana prudenza, non si trova esposto al menomo rischio? Ed anche la speranza, che abbia il debitore, che un creditore sarà più paziente d'un altro, e non gli richiederà il capitale per molti anni, non può influire sul frutto, che il debitore medesimo si crede interessato di corrispondere?

### §. 4.

Quando si vogliono emanare divieti penali contro l'usura, cioè non contro la frode, che si tratta a lenore di generali principj, ma contro l'eccesso della misura legale del frutto, sono certamente necessarie delle disposizioni sopra di questa.

Or siccome dalle cose già dette apparisce, che la determinazione di un *maximum* del frutto del danaro soggiace a così gravi difficoltà nel rispetto puramente civile: la legislazione criminale dovrebbe essere doppiamente circospetta nel fermar delle pene, che riposano su presupposizioni cotanto incerte. Alla quale circospezione sarà tanto più confortata, in quanto che non è difficile a mio credere, il dimostrare, che, supposta ancora la convenienza di una determinazione meramente civile, analoga ad altre disposizioni di quel diritto, intorno ad un *maximum* del frutto del danaro, il trasportamento di questa materia nella provincia del diritto criminale è ingiusto, impolitico, e inefficace.

### §. 5.

Noi appelliamo ingiuste le proibizioni penali di eccedere una determinata misura del frutto, e crediamo di potere con molta semplicità dimostrare questa proposizione.

Ogni limitazione della libertà naturale del diritto di contrattare le cose, e di disporne, vuoisi considerare giuridicamente fondata, solamente quando è ri-

chiesta dall'interesse generale. Ora mancano di questa base tutti i divieti penali, che sono diretti a restringere il commercio, di per sé lecito, del danaro. Per tali disposizioni legali il libero commercio del singoli, che intimamente si connette col bene dello Stato, viene a restringersi in una guisa sommamente pregiudicevole, con la mira di garantire da certe conseguenze alcuni individui, che ad esse si sottoposero volontariamente da sé medesimi.

Tostochè due contraenti si sono accordati sul prezzo di una qualunque cosa alienabile, la legislazione non ha alcun interesse di mescolarvisi, e di arrestare il libero movimento dei cittadini. Ogni comminazione penale in proposito non può esser considerata, specialmente nelle condizioni presenti di civiltà, che siccome un atto d'indebita tutela su di quelle persone, in cui lo Stato riconosce, sotto ogni altro rispetto, il diritto di concludere affari giuridici, e che giustamente si astiene dal proteggere in simil guisa da altri pregiudizj, che nascono dai contratti. Ciascheduno ha il diritto di disporre del suo, e di cercare le condizioni più utili per alienare, o locare la sua proprietà. In nessun'altra materia la legislazione protegge in simil modo i poveri contro i ricchi (1). Anche quando il sacco del grano costa dodici fiorini, la legislazione penale non si dà pensiero delle contrattazioni de' singoli: e, senza essere ingiusta, non si occupa di far cessare le soverchierie dei campagnuoli nel traffico del bestame, o di tirare davanti al foro del giudice criminale ogni lesione *ultra dimidium*.

La legislazione penale bavara, che in molti capi servi di modello alle successive legislazioni di Germania, ha esercitato una grande influenza anche nelle disposizioni relative all'usura. Non sarà dunque senza importanza il riferire, come i motivi del progetto di Baviera del 1827, i quali formano precipuamente la base anche del progetto del 1831, cerchino di sostenere la giustizia della comminazione penale contro l'eccesso della misura legale del frutto. Ivi si dice a p. 369, « Che si stabiliscano pene contro l'usura, se ne può agevolmente conve-

nire. L'usura manomette illecitamente l'altrui proprietà, e d'ordinario è tanto più dannosa, in quanto che si può manifestar solamente contro le persone leggiere, o quelle, che si ritrovano in imbarazzi economici o portare in rovina le une, come le altre. Lo Stato, mediante la comminazione della pena, dell'umiliazione, e della vergogna, dee psicologicamente costringere gli usurai, che sono veramente *rebus alienis inkiantes*, a restringersi, nell'impiego de' proprj averi, entro il limite legalmente permessi .... L'usura conduce agl'ingiusti danneggiamenti del patrimonio, e merita di esser posta nella categoria delle azioni punitive ».

Ora è facile a vedere, che si presuppone provatoci, che si sarebbe dovuto appunto dimostrare, e che è per lo meno assai problematico, per giustificare le disposizioni, accettate dal progetto di Baviera intorno alla penalità dell'usura.

Che colui, il quale senza mezzi fraudolenti oltrepassa il *maximum* legale del frutto, manometta ingiustamente in senso criminale l'altrui proprietà, è appunto quello, che noi non possiamo concedere. Imperocchè in qual modo si può chiamar manomessa l'altrui proprietà, quando in un contratto di diritti alienabili un contraente consegue un profitto, che sembra pregiudicevole all'altro? E noi diciamo sembra; perchè quando il debitore, ed danaro pigliato al dieci per cento, non si potrà dire, che egli, per causa della oltrepassata misura legale del frutto, abbia ricevuto un pregiudizio dal mutuante. Chi potrebbe, in ogni singolo caso di usura, scoprire, se il debitore sia stato realmente danneggiato? E da un simil danno non può esser colpito egualmente colui, che piglia danaro al quattro per cento, ed impiega il ricevuto capitale in disastrose speculazioni, o lo lascia stare ozioso?

Come dunque, invocando la protezione, di cui lo Stato è debitore alla legge, si può giustificare, che la pubblica autorità s'intrometta nel libero movimento dei singoli, permesso dai principj generali del diritto, il più delle volte nel trapassamento del *maximum* legale del frutto non si può ammettere, nè danno, nè leggerezza; perchè il debitore o soddisfa a un bisogno, la cui pressione avrebbe per lui, sotto altro rispetto, conseguenze più nocive, o col danaro pigliato si propone di conseguire un profitto. La leggerezza poi non merita in generale di esser legalmente protetta contro la

(1) Noi parliamo qui dei poveri, perchè d'ordinario chi difende le leggi contro l'usura ricorre alla protezione, di cui lo Stato è debitore ai medesimi. Per altro in moltissimi casi non è il povero, che rimane protetto, ma solamente colui, che non ha a sua disposizione mezzi abbastanza pronti.

circospezione. E quando si volesse applicare un castigo, perchè è stato trasgredito il divieto legale di irapassare una certa misura del frutto, stabilita dal diritto civile, milliterebbe la stessa ragione per punire tanto il creditore, quanto il debitore (1).

### §. 6.

Se non che i divieti penali dell' usura sono ingiusti ancora, perchè in molti casi, che soggiacciono alla disposizione della legge, si potrebbe dimostrare, che, dedotte le spese, alle quali va incontro il mutuante nell'impiegare il danaro, o dedotto il guadagno, che egli avrebbe potuto fare in qualche altro lecito modo col suo capitale, ed a cui ha rinunciato consegnando il proprio contante al debitore, il *maximum* legale del frutto non fu oltrepassato.

È inoltre contraddittorio ad ogni diritto, e ad ogni morale, il permettere, che colui, che non avrebbe potuto trovar danaro d'altronde a condizioni migliori, che lo ha ricevuto con riconoscenza dal suo creditore, ed ha promesso un frutto, che gli è sembrato corrispondente al suo caso, debba esser poi autorizzato a provocare, per avidità, per passione, o per altri indegni motivi, il rigor delle leggi penali contro il suo contraente, o rimuoverlo, con la minaccia d'una denunzia, dal pretendere gl'interessi, o costringerlo a restituire quelli di già percetti. Una legislazione, che stabilisce delle pene contro l'usura, non conduce forse ad una tale immoralità?

A tutti i divieti penali dell' usura sta poi di contro un'altra ragione, che abbiamo accennata di sopra, e per la quale non si è avuto il conveniente riguardo: voglio dire il pericolo della perdita del capitale ne' mutui non assicurati. Chi ha da offrir sicurezze, trova danaro da ogni parte a piccolo frutto: ma se uno vuol pigliare un prestito senza dare ipoteca, la condizione del mutuante è molto diseguale da quella del mutuatario; perchè il secondo ritrae certamente profitto dal contratto, mentre il primo espone a non piccolo rischio il suo capitale. Ora come può sostenersi conforme alla giustizia, che una pena colpisca colui, il quale con un frutto il più alto cerca di mettersi al coperto dal perico-

lo di una perdita, e che fa un contratto in nessuna maniera contrario al diritto naturale, mentre si danno molte altre convenzioni, che hanno più visibilmente il carattere del rischio, nelle quali l'uno o l'altro contraente perde di più del mutuatario, che dee pagare il quindici per cento, e che non ostante non sono state giammai sottoposte ad una sanzione penale?

### §. 7.

Ma i divieti penali dell' usura, oltre ad essere ingiusti, si presentano pure come impolitici, ed inefficaci.

Nell' emanare una legge penale il legislatore debb' essere ancora convinto, che la medesima si potrà in tutti i casi applicare. Ma dalle cose dette si raccoglie, che manca questa presupposizione nelle leggi relative all' usura; perocchè il legislatore, instruito delle relazioni del commercio e dell' industria, sa bene precedentemente, che l'applicazione della legge sarà in molte circostanze impossibile, e che, volendola fare, si andrebbe incontro a stranissime conseguenze.

Chiunque in una città commerciale, anche in tempi ordinarij, vuol fare un prestito, pigliando le sicurezze opportune, sa dal banchiere di poter guadagnare col suo danaro più del frutto comune, e così di poter conchiudere l'affare desiderato a condizioni, il cui risultato riunito involge il più delle volte un trapassamento del frutto legale. Nei tempi di guerra poi, o di altre calamità, questi fatti sono ancora più frequenti e visibili; perocchè privati e corporazioni, per mantenere la vita, la salute, o la proprietà, conchiudono allora dei contratti, chiamati *usurarij*, e i pubblici magistrati, incaricati di tenere in vigore le leggi, son quelli che principalmente prestano mano a farli riuscire (2). Non andrebbe pertanto contro le regole di ogni buona politica chi volesse sottoporre ad inquisizione, e punire un simile eccesso del frutto legale? Chi vorrebbe più fare in un simil paese prestiti ri-

(2) Io mi rammento, che nel 1813, o nel 1814, una comune, sotto la direzione del suo amministratore, conchiuse un contratto di questa specie, e che quell' impiegato, nella sua contemporanea qualità di giudice, confermò l' obbligazione. Più tardi, come fu passata la guerra, l' autorità amministrativa superiore fece delle difficoltà sull' affare, e il giudice, che dovea sentenziare sul fondamento di leggi invecchiate, si trovò molto imbarazzato.

(1) La legge austriaca sopra l' usura punisce il mutuante ed il mutuatario. Conf. Zeiller Contribuz. alla scienza legale t. III. p. 47. 59. 60.

levanti, dai quali frequentemente dipende il bene dello Stato e delle sue comunità? E quale conseguenza, qual disuguaglianza disturbatrice di ogni sentimento del dritto, non sarebbe il lasciare impunita l'azione del banchiere, intocché colpita dalla minaccia legale, ed il far soffrire la pena al semplice capitalista, che ha provveduto, come lui, al proprio interesse? Quale impressione farebbe nella pubblica opinione una tal maniera di procedere? Non si ripeterebbe forse il rimprovero, diretto così spesso dai malevoli contro la giustizia, che essa punisce i piccoli malfattori, e lascia impuniti i grandi?

Quelle legislazioni, che hanno riguardo alle accennate circostanze, dovrebbero almeno separare i casi, in cui col punire si urterebbe contro le relazioni esistenti, e contro la pubblica opinione. Ed il codice penale di Sassonia, all'art. 301, dispone in questo senso, che le determinazioni relative all'usura non sono applicabili agli affari propriamente mercantili (1). Ma quanto sia insufficiente questa disposizione, ed a quali incertezze possa dar luogo nell'applicazione, è manifesto di per sé. Da una parte in fatti si danno, anche fuor degli affari mercantili, molti casi di trapassamento del frutto legale, i quali non contengono alcuna immoralità, e corrispondono allo scambievole interesse de' contraenti: e d'altra parte anche tra gli affari mercantili se possono immaginare di quelli, che il legislatore avverso all'usura avrebbe dovuto minacciare di pena del pari che i non mercantili. In ogni modo poi l'espressione è tanto indeterminata, che non potranno a meno di derivarne svariaticissime applicazioni.

Ancorchè per altro una legislazione volesse impegnarsi a tirare una linea di confine fra il trapassamento punibile e il non punibile del frutto legale, vi potrebbe malagevolmente riuscire con buona fortuna. Siccome la fatti il carattere dei singoli casi di usura non si può prevedere, e per questo motivo non è dato discendere ai più minuti particolari, bisognerebbe, che distinguere fra certe classi di persone (*honestiores, mercatores* ec. ec.). La qual distinzione non potrebbe riuscire che odiosa; perocchè stabilirebbe una intela a carico di certi cittadini, e non di altri, ed introdurrebbe

una disuguaglianza di capacità giuridica a concluder contratti (2).

### §. 8.

Molti casi di trapassamento del frutto legale non sono giudizialmente denunziati e puniti, perchè la loro denuncia e punizione sarebbe contraria alle relazioni esistenti, e all'opinione generale, e perchè il sentimento della necessità si solleva al di sopra della legge, come sempre accade, quando l'intervento della pubblica autorità è inopportuno. Tutte le leggi poi relative all'usura riescono senza scopo ed impraticabili; perchè ambedue i contraenti si collegano contro di esse per modo, che o il mutuatario non promuove alcuna querela, o il mutuante riveste di tal forma il contratto, che, anche nel caso di giudiziale denuncia, non si possa scoprire la vera indole dell'affare. Piccolissimo è dunque il numero dei processi d'usura, ed anche minore quello degli usurai puniti. Le persone pratiche della materia, come sono i ministri processanti, e i giudici di prima istanza, saranno l'accordo con noi. La vera sede degli affari usurarij non è, come snole affermarsi, ne' piccoli paesi, ma nelle grandi città, dove si trova molta milizia, ed un gran numero d'impiegati con piccole paghe, ai quali la provvisione frequentemente non basta ai bisogni del mese, ed i cui assegni sulle scadenze future danno luogo quasi universalmente ad affari, che cadono sotto l'idea dell'usura punibile. Ma, ammettendo ancora per un momento la giustizia di queste leggi, quale impressione si produrrà, se fra centinaia e centinaia di trasgressioni ne sono finalmente denunziate quattro o cinque, ed anche fra queste una sola soggiace alla multa, o alla carcere? Noi diciamo *alla multa*, o *alla carcere*, perchè ancora di qui risulta l'inefficacia dei provvedimenti legislativi, diretti ad ovviare all'usura per mezzo di comminazioni penali. Se in fatti si comminano pene leggiere, come vogliono anche coloro, che difendono i regolamenti penali in materia d'usura, esse non producono effetto per doppia ragione: 1) perchè il bisogno, la compassione, o l'attrattiva del guadagno, fornisce occasioni di disprezzare la legge; e 2) perchè una piccola pena applicata una volta fra tante violazioni del precetto legale non produce alcuna im-

(1) Secondo il §. 1 della legge austriaca sopra le usure, la medesima non si deve applicare agli affari, che sono propri del negozianti, e dei fabbricanti.

(2) Conf. il cod. di polizia pen. di Württemberg sulla materia dell'usura.

pressione, capace di dislogliere da simili azioni in futuro. Che se poi si volesse ricorrere all'uso di pene gravi; a ciò si opporrebbe una duplice difficoltà. Da un lato non si potrebbe conciliare con la giustizia naturale, che andasse soggetto a severe pene criminali un reato, che al più è della natura di quelli di polizia, e la cui collocazione in un codice penale va sottoposta a dubbj così rilevanti: e dall'altro lato si opererebbe così precisamente contro allo scopo della disposizione penale sotto un diverso rispetto.

### §. 9.

Il trapassamento della misura legale del frutto non si potrà impedire, fintantochè l'industria e il commercio fioriranno; fintantochè si daranno degli uomini, che si troveranno in necessità, e fintantochè la premura di soddisfare a dei bisogni del momento sarà più forte della reverenza per una legge, che non è menomamente richiesta dal sentimento naturale del dritto. Ciò presupposto, tutti i divieti penali non fanno che promuovere le conseguenze pregiudizievoli dell'usura, e tanto più, quanto sono più elevate le pene. Chiunque presla danaro senza sicurezza, nel determinare il frutto calcola il pericolo d'una perdita del capitale. Se questo pericolo è grande, è facile, che il frutto stipulato, o gli altri profitti convenuti oltrepassino il *maximum* legale. Or se a questo pericolo se ne aggiunge un altro, cioè quello della pena, il mutuante rischia di più, o dee cercare di mettersi al coperto da questo rischio maggiore, affacciando più elevate pretensioni al debitore. Onde risulta, che le leggi contro l'usura tornano in moltissimi casi in pregiudizio di quelle stesse persone, che si vorrebbero proteggere.

Noi crediamo di non poter mai abbastanza richiamar l'attenzione a questo punto di vista, e siamo convinti, che molti di coloro, che in qualità di giudici, d'impiegati amministrativi, e di cancellieri, hanno avuto occasione di osservare da vicino il commercio dei negozianti, e dei capitalisti, ritroveranno giusta la nostra osservazione.

### §. 10.

Mentre il legislatore con le sue disposizioni sopra l'usura si propone di favorire i bisognosi di danaro, produce un effetto diametralmente contrario anche sotto un altro riguardo.

Che l'usura urti contro i principj generali del dritto, non si potrà sostenere nemmeno da coloro, che difendono le leggi sulla medesima: i quali, per giustificarle, sogliono a preferenza ricorrere al punto di vista della morale, e della polizia. Ora a noi sembra, che le disposizioni penali contro l'usura sieno appunto quelle, che promuovono l'immoralità. Se in fatti il creditore non ha bisogno di tener segreto il frutto stabilito, la convenzione si concluderà palesemente e lealmente fra amendue i contraenti, come qualunque altro patto, che abbia il carattere di un rischio, o che non ostante si perfeziona senza forme, che disfigurino la sua particolare natura. Ma se al creditore, che prende un frutto maggiore di quello legalmente permesso, si minaccia una pena, amendue i contraenti si uniscono a mentire contro la legge, e contro il giudice, inventando mezzi di effettuare ciò che vogliono, e di dare alla loro convenzione un colore, che la presenti in un aspetto affatto diverso.

Di più queste leggi promuovono l'immoralità, anche perchè, secondo il cenno, che ne abbiamo fatto di sopra, inducono il debitore ad eludere obbligazioni ponderatamente contratte, o a distogliere il creditore, con la minaccia d'una giudiziale denuncia, dal far valer pretensioni, materialmente o formalmente fondate. Accade assai di frequente, che debba pagare più del sei per cento colui, che qui pregliere animato da stringente necessità trovava soccorso, e che nel medesimo tempo il mutuante, fatto diffical delle spese per impiegare il danaro, o del guadagno per avventura perduto, non venga a ricevere un frutto maggiore del permesso. Perchè in tali casi vorranno le leggi favorir la frode, o il tradimento, contro l'onesto contraente, e prodigar benefizj, che nessuno desidera?

Quanti sieno i mezzi di eluder le leggi sul frutto del danaro, lo insegna la quotidiana esperienza. Prescindendo in fatti dal considerare, che simili affari di danaro si concludono quasi sempre a quattro occhi, e che perciò nel processo non si può mai discoprire ciò che è avvenuto fra i contraenti contro il chiaro tenore del chirografo, non occorre nemmeno disfigurare la vera indole della cosa per oltrepassare il *maximum* del frutto legale in una maniera, che non fornisca occasione ad inquisizion criminale di sorta. La compra con la ricompra, le molteplici specie d'affari di cambio, il guadagno delle caparre, e simili altri

artifizj somministrano mille modi di sottrarsi con sicurezza al rigor della legge.

§. 11.

In alcuni Stati germanici, nelle cui singole parti sono ancora in vigore diversi statuti, riescono odiose le sopradette leggi penali contro il trapassamento del *maximum* del frutto, perchè una medesima azione commessa in un luogo si punisce come delitto, mentre in un'altro non espone neppure a pregiudicevoli conseguenze meramente civili. Ad una simile odiosità si andrebbe incontro, se per le maggiori città di un medesimo Stato si volessero stabilire divieti penali del frutto del danaro, diversi da quelli della campagna; perocchè, per quanto le esigenze possano essere ne' singoli luoghi diverse, pure un delitto non debb'essere determinato con certe presupposizioni in una parte del territorio, e con altre in un'altra.

Nel ducato di Brunswick la misura legale del frutto è del cinque per cento, e solamente ai mercanti della città di Brunswick è permesso per eccezione di prendere da altri mercanti, che abitino dentro, o fuori della stessa città, il sei per cento. Il trapassamento della misura legale del frutto si punisce come usura. Una medesima azione dunque, che nel mercante di Brunswick è permessa, se si commette dal mercante di Wolfenbüttel soggiace alla pena della carcere fino ad un anno, e la legge, pigliando particolarmente a proteggere il mercante di Wolfenbüttel da' suoi compagni di professione della medesima città, lo abbandona all'usura del mercante di Brunswick (1).

Questi risultati dovrebbero per lo meno convincere, che è inopportuno emanare leggi penali, regolate sul *maximum* del frutto stabilito dalle leggi civili. prima che queste, fondate, come sono, su di relazioni commerciali e industriali affatto diverse, sieno state almeno sottoposte ad una revisione, e messe in armonia co'bisogni del tempo presente.

§. 12.

Nei motivi del codice di Baviera del 1827 si dice: « Guai allo Stato, in cui l'usura ha gettato profonde radici! » L'esclamazione è piena di verità: ma se si crede di poter rimediare alla piaga con

due o tre articoli di divieto penale, si sbaglia di molto.

Per ovviare all'usura prava sono necessarij altri provvedimenti legislativi e amministrativi, e specialmente bisogna promuovere le casse di risparmio e d'imprestito, ed emanare buone leggi ipotecarie. Imperocchè quanto è maggiore la sicurezza del mutante, tanto è maggiore per chi cerca danaro la facilità di tenerlo a frutto discreto. Ma se chi si trova in necessità non ha da offrir sicurezza, e le sue relazioni personali non ispirano una special confidenza, egli non trova alcun vantaggio in tutte le leggi contro l'usura: e, se non incontra un amico, od un improvvido mutante, o dovrà pagare una grossa usura, per mettere il creditore al coperto dal rischio, o dovrà miseramente stentare. Nella quale alternativa il primo ramo dovrebbe dal legislatore esser certamente preferito al secondo.

A mostrare la necessità delle leggi proibenti l'usura si soglion citare gli Ebrei di provincia, e gli affari, che ivi fanno coi cittadini e coi contadini. Ma senza osservare, che secondo la nostra esperienza si esercita nelle città un'usura di gran lunga maggiore, che in provincia, noi vogliamo domandare a tutti coloro, che per uffizio ebbero l'occasione di conoscere da vicino le tendenze degli Ebrei, se il campagnuolo, che per mezzo dei sensali acquista la notizia del piede corrente del frutto del danaro, e che può nel singolo caso ponderare, qual ragione d'interessi gli torni conto a promettere, non rimanga tanto più pregiudicato dal complicato traffico di bestiami e di derrate con gl'Israeliti, che dal pigliare imprestiti pecuniarj.

E quanto poche sono le trasgressioni di questa specie, imputate agli Ebrei di provincia, che vengono denunziate ai tribunali! E quanto di rado si giugne a decretare contro di esse una pena, a motivo della particolare scaltrezza dei trasgressori!

Si renda migliore la condizione civile degli Ebrei, si dia loro il modo di occuparsi d'agricoltura, di manifatture, e simili, e questi provvedimenti saranno assai più proficui, che l'applicare una pena ogni due anni ad un povero giudeo prestatore di piccole somme, mentre il banchiere e il grosso negoziante contravengono molto maggiormente alla legge, senza soggiacere ad alcuna responsabilità criminale.

(1) Conf. il §. 232. del codice criminale di Brunswick, e i motivi a p. 325.

## §. 13.

Come ragione della necessità di far leggi sopra l'usura in protezione del campagnuolo, si adduce nei motivi del codice di polizia penale di Württemberg p. 67., che l'uomo di villa, ignaro delle relazioni generali del commercio pecuniario, e ristretto alla conoscenza di pochi capitalisti, e forse di un solo, può essere abbandonato soverchiamente all'arbitrio d'un usurario: e che, quand'anche fosse instruito del piè dell'usura stabilito dalla concorrenza, non potrebbe ricavarne vantaggio, perchè, non conoscendo le persone, alle quali farebbe d'uopo ricorrere, ed essendo stretto dalla fretta, non ha modo di profittare del benefizio della concorrenza.

Noi per altro non possiamo dar peso a questo argomento; perchè sta in contraddizione con le nostre condizioni locali, e col grado di civiltà, in cui si trovano i nostri campagnuoli. Fu in fatti notato di sopra, che il campagnuolo è sempre dai sensali informato del piede corrente del frutto del danaro. I giornali di campagna, le gazette provinciali e locali sono sotto gli occhi di tutti appresso i capi de' luoghi, nelle residenze comunitative, ed anche nelle osterie. E siccome in Germania è oggi un'eccezione il trovare dei cittadini o dei contadini, che non sappiano leggere; così è forza concedere, che chiunque ha bisogno di danaro può informarsi ampiamente sul prezzo corrente dei capitali mutuabili, e che, quando non trovi da accomodarsi nel luogo della sua dimora, può cercar soddisfazione al proprio bisogno nella prossima città provinciale, alla quale, in mezzo alla maravigliosa facilità delle odierne comunicazioni, gli è dato di recarsi in brevissimo tempo.

## §. 14.

Dietro queste generali considerazioni intorno alle leggi relative all'usura ci faremo ad esporre qualche riflessione sopra ciò che è stato determinato in materia da alcuni codici moderni.

Che il giudice debba rigorosamente distinguere fra il trapassamento del piede legale del frutto e la frode, noi non ne sappiamo dubitare. Imperocchè, se per l'idea dell'usura si richiede il carattere dell'inganno in pregiudizio del debitore, si presenta il delitto di frode, ed una disposizione legale sull'usura fraudolenta ci sembra inutile, o dannosa. E

se all'usura fraudolenta si minacciano le pene della frode, come fa il codice penale di Württemberg all'art. 355, e il progetto di quello di Berna al §. 250, non si sa intendere, a che possa propriamente servire una sì fatta disposizione legale (1), perchè sono sufficienti i principj generali, o perchè il giudice da una determinazione particolare può essere indotto a pensare, che a costituire l'idea giuridica dell'usura fraudolenta si richiede un carattere diverso da quello, che costituisce la frode. Che se poi per l'usura fraudolenta si stabiliscono pene particolari; allora una frode, la quale non fa altro che presentarsi sotto una forma speciale, viene ad esser punita, o troppo rigidamente, o troppo dolcemente (2).

Perciò (supposta la giustizia delle leggi intorno all'usura) noi possiamo approvare solamente la disposizione del codice penale sassone nell'art. 293, la quale stabilisce in proposito, che il trapassamento del *maximum* legale del frutto involge il delitto di usura.

La legislazione bavara ha cambiato di massime in questa materia. Il codice penale del 1813 tratta dell'usura nell'art. 261 sotto la rubrica della frode. I progetti del 1827 e del 1831 collocano l'usura fra i danneggiamenti.

L'art. 356 del progetto del 1831 dice: « Chiunque in affari di crediti fa soverchiamente chierria ad alcuno, mediante un contratto dichiarato usurario dalle leggi civili, debb'esser punito, a denunzia e richiesta della parte, secondo la distinzione seguente ».

Si di ciò i motivi nel 1827, a p. 270, ai quali si riferiscono anche quelli del 1831 a p. 255, osservano, che questo fatto non si può considerare come una specie di frode, come fece in parte il codice

(1) L'art. 355 del cod. pen. di Württemberg dice così: « Il trapassamento del piede legalmente permesso del frutto si trae dietro le sole conseguenze di diritto privato, o di polizia, determinate contro l'usura, eccettochè quando il creditore, per ingannare il debitore, avesse velato per modo il contratto usurario, che non se ne potesse chiaramente raccogliere la vera ragione del frutto capitale nel qual caso si applicano le disposizioni relative alla frode ».

(2) Il mescolarsi, che fa così di frequente la frode con l'usura, e la difficoltà di liberarsi da vecchie idee, ci mostra il perchè tanti voti, anche nelle assemblee legislative, sostengono la conservazione delle disposizioni penali contro il trapassamento del frutto legale.

penale del 1813, perchè l'usuraio non apporta documento al danneggiato per mezzo d'inganno ed simulazione. Il danneggiato in fatti conosce di esser soverchiato, ma è persona leggiera, o non si può accomodare altrimenti: e l'usuraio si approfitta di queste circostanze, per procacciarsi un illecito vantaggio. Ora contro chi sa ed acconsente non può commettersi frode. Ancorchè si compili un documento, e con questo si ricopra l'usura; l'inganno, cui si mira col documento non è diretto a soverchiare un ignaro, ma solamente ad impedire il scoprimento della vera indole dell'affare a terze persone, che hanno interesse nel medesimo.

Se, a tenore di questi motivi, per l'idea dell'usura non si richiedono atti fraudolenti, ma basta il trapassamento del frutto, si può domandare il perchè questa intenzione non fosse espressa nel codice in un modo, che allontanasse ogni dubbio. Il verbo *soverchiare* in fatti non tanto significa il semplice trapassamento del frutto legale, quanto gli atti fraudolenti, di cui il creditore, per occasione dell'affare, si renda colpevole contro il debitore.

#### §. 15.

Che il verbo *soverchiare* si possa intendere in questo senso, è provato non solo dall'uso comune di favellare, ma ancora dal §. 489 del progetto di Baden, dai motivi del Governo, e dal parere della seconda camera sul detto articolo.

Il §. 489. del progetto di Baden è così concepito.

« Chiunque negl'imprestiti, ed in altri contratti onerosi, si stipula utilità eccessiva, è punito di usura nei casi seguenti:

« 1) Quando si approfittò del bisogno o conosciuto o della leggerezza dell'altro, per soverchiarlo, o si fece velamento promettere nel documento contrattuale i convenuti profitti usurari;

« 2) Quando, per ingannare l'altro, si schero il contratto in maniera, che quegli non riconobbe la vera ragione della prestazione con la controprestazione, e pel grado delle sue cognizioni non la potè facilmente riconoscere;

« 3) Quando ragionò un real pregiudizio patrimoniale ad un minore, ad un interdetto, o ad una mano morta ».

Nei motivi di questo articolo si dichiara espressamente, che il trapassamento del piede legale del frutto non debb'essere di per sé comminato di pena; per-

ciò la mala fede può eludere il divieto; perchè l'uomo onesto troverebbe in sì fatto divieto un ostacolo inopportuno a commerciare il danaro; e perchè il danaro sale, o cala di prezzo, come una merce, per la quale, secondo le circostanze, può qualcheuno promettere una utilità corrispettiva, che non conviene ad un altro. Per l'idea dell'usura si richiedono dunque dei raggi ingannevoli (1). Nella stessa guisa si esprime anche il rapporto fatto nella seconda camera: e le risoluzioni di questa sembrano stare in armonia col motivi e col rapporto.

Ma, se per l'idea dell'usura si richiedono dei raggi ingannevoli, noi domandiamo la ragione, per cui non s'abbia a comprendere sotto le generali disposizioni, che governano la materia della frode. A noi sembra indifferente, che uno commetta frode per occasione d'un prestito, o di un altro affare. Una volta che si esige l'inganno per parte del prestatore, non si sa vedere il perchè si vogliano stabilire altri principj per giudicare la frode. E siccome, secondo il §. 490 del progetto di Baden, un tale usuraio fraudolento cioè un tal frodatore, è punito con una multa, che può arrivare fino al decuplo del guadagno ritratto o pigliato di mira, o solamente nel caso di recidiva soggiace alla carcere di circondario; così conseguita, che senza giusta ragione egli se ne può uscire a migliori condizioni di quello, che si è reso colpevole di un'altra specie di frode.

Ma ancora sotto un'altro rispetto noi reputiamo non comminazione la disposizione del progetto di Baden.

L'allegato §. 489 presuppone la frode punibile, che sieno stati patuiti profitti eccessivi. Che si dovrà pertanto intendere sotto questa espressione? I motivi e il rapporto della commissione hanno sentito la difficoltà, senza risolverla abbastanza; perchè rinviato al prudente arbitrio giudiciale, al quale rilasciano il decidere, se il semplice trapassamento del piede legale del frutto debba bastare a costituire questo profitto eccessivo, o se si richieda di più, e quanto di più. Il ricorrere al prudente arbitrio del giudice non potrebbe essere facilmente in altri casi tanto pericoloso, come qui;

(1) Ma il num. 1. dell'art. 189 esprime la necessità dell'inganno solamente con la parola *soverchiare*; perchè per velamento di profitti usurari qui s'intende quello, che è provato da ambedue le parti. Di un velamento diretto all'inganno del debitore parla il num. 2.

perocchè mentre quel giudice, che ha fatto affari di danaro per sè, o per altri, sarà indulgente, e non lascerà inosservate le relazioni di cui si è parlato di sopra, un altro giudice, che sia rimasto estraneo a tali cose, e che non abbia pratica d'altro, che della sua stanza d'ufficio, e del suo domestico gabinetto di studio, troverà un eccesso anche quando sia stato pattuito un quarto per cento al di sopra del *maximum* legale del frutto.

E quanto poi son vaghe le idee di bisogno e di leggerezza, menzionale nel num. 1. del §. 489: Si trova esempligrizia in stato di bisogno colui, che non ha tanto danaro contante da poter continuare l'ordinario suo genere di vita? Oppure il bisogno si dovrà ammettere solamente, quando la persona, di cui si parla, non abbia più cosa alcuna, con la cui alienazione possa provvedere alle più indispensabili esigenze della vita? E leggiero colui, che fa degli affari senza certa prevision del successo, e così arrischia qualche cosa o l'idea della leggerezza richiede degli anni di condotta riflessiva, e di continue perdite patrimoniali?

### §. 16.

Il progetto di Assia dispone come segue: « Chiunque in affari di credito sovra verchia un altro per mezzo di un contratto, dichiarato dalle leggi civili usurario, debb'esser punito, a denunzia e a richiesta di parte, e purchè abbia già ritirato il profitto illecito, a tenore della distinzione seguente ». Questo progetto adunque richiede per l'idea dell'usura punibile non solo il trapassamento del *maximum* legale, ma ancora la soverchieria.

Se sotto la parola *soverchieria* si debbano intendere ingannevoli raggiri, non è manifesto; perchè mancano i motivi, che spieghino le disposizioni del progetto, e perchè il governo di Baviera e quello di Baden hanno dato una diversa esposizione agli articoli relativi de' loro progetti, di ambedue i quali è proprio il verbo *soverchiare* indi è trapassato evidentemente nel progetto di Assia.

Or siccome il legislatore, se avesse voluto stabilire la pena per via del solo trapassamento del *maximum* legale del frutto, avrebbe fatto meglio adottare il disteso del codice penale di Sassonia; e siccome non si può negare, che *soverchiare* ha spesso nella vita comune un significato equivalente a *fraudare*; così potrebbe sembrare, che ancora il progetto di Assia richiedesse per l'usura

punibile un qualche atto ingannevole.

Anche la disposizione, con la quale il progetto di Assia richiede per la penalità dell'usura il ritiro effettivo d'un'illecita utilità, non ci par commendevole, nè conciliabile con le ragioni subietive, che danno principale occasione ai delitti penali dell'usura. Perchè in fatti non punire colui, che si è stipulati de' frutti proibiti, e che domanda di settimana in settimana all'aggravato debitore l'adempimento delle sue obbligazioni, mentre a tenore dello stesso progetto si dee punire chiunque s'intasca i frutti non chiesti, che gli vengono volontariamente portati, e ne fa quietanza?

Nei motivi del progetto di codice di polizia penale di Württemberg, che nell'art. 69 ha adottato la stessa disposizione, si dice per verità, che sarebbe una contraddizione il sottoporre a pena un atto giuridicamente nullo, col quale non si fa altro, che prender di mira la violazione della legge, mentre si impedisce l'effetto del medesimo sta sempre nel poter di colui, che dee risentire l'offesa. Ma, prescindendo dall'osservare, che questa ragione combatte le comminazioni penali contro l'usura, in quanto che non solamente la promessa, ma ancora il pagamento di frutti eccessivi dipende dalla volontà del debitore, noi giudichiamo insussistente quel motivo; perchè, segnatamente nell'usura mascherata, l'atto più pericoloso pel debitore è la conclusione del contratto; perchè, siccome fu notato di sopra, l'immoralità si consuma con questa conclusione: e perchè, quando si reputa punibile la riscossione, non potrebbe, secondo i generali principj, rimanere impunito il tentativo di essa, cioè il contratto.

Poco del pari sembra appoggiata a fondamenti giuridici la distinzione tra l'usura mascherata e la non mascherata. Imperocchè la forma, che due patteggiatori danno alla loro convenzione, non può in generale esser causa di una pena, nè fornire occasione ad una particolare graduazione di pena: ma il mascherare l'usura, per ingannare il contraente, cade sotto l'idea della frode.

Il codice penale francese, che è tuttora in vigore nelle provincie germaniche del Reno, e così anche in una parte del Granducato di Assia, tace affatto intorno al delitto di usura. All'opposto la legge del 3 Settembre 1807 (1) contem-

(1) Questa legge dice così. « Art. 1. I frutti contrattuali negli affari civili non debbono oltrepassare il cinque, nè il sei per cento

più singolarmente l'usura per mestiere.

Noi, concordemente ai principj già sviluppati di sopra, non reputiamo degna di approvazione neppur questa legge penale: ma fra tutti i divieti quello contro l'usura per mestiere ci sembra essere il più ragionevole, a motivo del carattere subiettivo dell'azione, della personalità dell'agente, che si appiatta all'oscuro, e del bisogno particolare, in cui d'ordinario si trovano quelli, che per ultimo rifugio ricorrono a simili usura di professione. L'obiezione dedotta dalla difficoltà di mettere in chiaro l'idea indeterminata, racchiusa nell'espressione per mestiere, si rimuoverà, osservando, che essa appartiene ancora alla nozione di varj altri delitti, o che influisce sulla loro maggiore penaltà(2).

### §. 17.

Il codice criminale di Brunswick fa distinzione nei §§. 231 e 232 fra l'usura fraudolenta e la semplice.

« §. 231. Un creditore, che ha ottenuto il piede dei frutti legalmente permesso, e per ingannare il creditore ha mascherato il contratto usurario per modo, che non se ne possa chiaramente raccogliere la vera ragione dei frutti, o del vantaggio convenuti in luogo dei frutti, col capitale, debb'esser punito come un frodatore.

« negli affari commerciali — Art. 2. I frutti legali sono del cinque per cento negli affari civili, e del sei negli affari commerciali — Art. 3. Se si dimostra, che sono stati convenuti frutti più alti di quelli determinati dal primo articolo, il mutuatario debb'esser condannato dal tribunale, di fronte a cui pende la controversia, a restituire il di più, se lo ha ricevuto, o a stornarlo dal capitale, e, secondo le circostanze, può essere rinviato davanti ad un tribunale correzionale, che lo giudicherà a tenore del seguente articolo. — Art. 4. Chiunque è incolpato d'ingerirsi abitualmente d'usura, debb'esser condotto davanti al tribunale correzionale, e condannato, quando venga convinto, ad una multa, che non superi la metà dei capitali prestati, ed ad usura. E se dal processo risulterà, che l'imprestatore abbia operato con astuzia, e con frode, egli dee soggiacere, oltre alla detta multa, anche ad una carcerazione, che non può oltrepassare due anni ».

(2) I motivi di questa legge si possono prendere da *Lacod, Legislation de la France*, t. 13. p. 66. e seg. — Al bisogno ivi espresso si potrebbe per altro soddisfare più efficacemente, migliorando il sistema ipotecario francese.

« §. 232. Un creditore, che si fa promettere, o prestare frutti più alti dei legalmente permessi, o in vece di quelli dei vantaggi, che oltrepassano il piede dei frutti permesso, o somme maggiori, o migliori qualità di moneta quelle, che ha diritto di esigere, o per la concessa dilazione un di più dei frutti legalmente permessi, o della loro valuta, o nel far l'imprestito al debitore, in vece di danaro contante, o di cartelle dello Stalo, o di credito, che equivalgono a danaro contante, consegna cose, dee soggiacere alla carcere fino ad un anno ed alla multa corrispondente.

« Queste disposizioni penali non si applicano agli affari veramente mercantili che sono proprj di questo esercizio d'industria. »

Il primo paragrafo sull'usura fraudolenta è copiato nell'essenziale dalla legislazione di Württemberg. Noi ci riportiamo in questo proposito a quanto abbiamo già detto, ed aggiungiamo le osservazioni seguenti.

1) Il mascherare porta in sé, a forma del §. 231, il carattere della frode, mentre vi sono altre legislazioni, che lo considerano come almeno una circostanza aggravante, ancorchè avvenga col consentimento di amendue le parti.

2) Il delitto di usura dee riguardarsi per già consumato, sol che abbia avuto luogo una promessa di profitti illegali. Equi s'incontra una differenza essenziale dalla legislazione d'Assia, e di Baviera, come dal codice di polizia penale di Württemberg, delle cui disposizioni in materia d'usura parleremo tra poco. Noi facciamo menzione di queste diversità, perchè ne risulta l'oscillazione delle legislazioni nell'intero argomento, la quale mostra il difetto di un saldo fondamento giuridico-criminale.

3) Ancora chi pattuisce in proprio favore migliori qualità di moneta di quelle che ha dato, è punito d'usura comune. E questa è una vera limitazione di commercio. Vi fu un tempo, in cui per esempio in Francfort la moneta prussiana era molto più vile della moneta di convenzione; e più tardi questa ragione si trasformò nella contraria. Ora una specie di moneta dovrà tenersi per migliore d'un'altra, secondo la diversità del tempo e del corso, e il giudice dovrà decretare la pena secondo la misura del corso del cambio al tempo del conchiuso contratto, mentre forse al momento della sentenza la specie convenuta, che era innanzi più bassa, è salita nel corso al di sopra di quella data?

4) Quando il creditore si fa promettere per la concessa dilazione un di più dei frutti legalmente permessi, commette il delitto di usura. Noi non vogliamo che un simil contratto possa aver qualche volta un lato immorale: ma dov'è il fondamento giuridico d'una comminazione penale? Non può in molti casi il frutto accresciuto essere un risarcimento della perdita, che realmente risale al creditore? E come si può giustificare, che sia colpito di pena colui, che in un simil contratto riconosce la sola possibilità di schivare il danno, che gli vien minacciato dalla morosità del suo debitore, quando il rimedio giuridico ordinario, per causa dell'inevitabile indugio, non lo preserva da ogni pregiudizio? Oltretutto si dee dubitare, se questa disposizione del codice sia per riuscire proficua ai debitori aggravati; poichè il creditore, a cagione del divieto penale, può ritrovarsi esposto ad una giudiziale querela, che in molti casi costerà al bisognoso di danaro più cara d'un aumento di frutto.

5) Poco del pari noi ci sappiamo chiamar soddisfatti di quella disposizione, per cui debb'esser punito di carcere fino ad un anno, o della multa corrispondente, chiunque nell'impresito ha dato cose in vece di danaro contante. Non è indifferente, che il prezzo di compra abbia mutato aspetto? o che il compratore, che non può pagar subito, rilasci un'obbligazione (la promessa de'frutti non è qui necessaria), come se fosse stato concluso un'impresito? Qual immoralità, qual pericolo in un simile affare? E dalla disposizione legale non può derivare l'effetto, che restino impediti molti contratti di compra e vendita, e così ristagni in qualche parte il commercio?

La proposizione finale del §. 232 è presa dal codice penale di Sassonia. E noi abbiamo già manifestato in tal proposito la nostra opinione.

### §. 18.

L'art. 313 del codice criminale di Anover dispone così.

« I contratti usurarij d'ogni specie, quando la vera ragione del frutto col capitale non risulta immediatamente e con precisione dal contratto, e si possono perciò riguardare come mascherati, si debbon punire come le semplici frodi, avuto riguardo al trapassamento maggiore o minore della misura legale del frutto ».

Che cosa si debba intendere per con-

tratti usurarij nel senso giuridico penale, rimane indeciso. L'inganno del debitore non si richiede per l'idea dell'usura: ma il fatto debb'essere equiparato alla frode, quando amendue le parti hanno trovato corrispondente al loro interesse di non far risultare immediatamente dal contratto la ragione dei frutti col capitale. Il trapassamento liberamente convenuto della misura legale del frutto non è dunque punibile, quando sia espresso nel contratto. Ecco una nuova deviazione essenziale dal concetto dell'usura punibile, determinato da altri codici, ed ecco una novella riprova del suolo mal fermo, su di cui si muove in questo tema la legislazione.

### §. 19.

Come fu già notato, il codice penale di Württemberg nell'art. 355 parla solamente d'usura fraudolenta: ma non per questo il trapassamento della misura legale del frutto resta impunito; perchè il codice di polizia penale contiene le seguenti disposizioni (1).

1) Le prestazioni da ritirarsi per l'impresito di danaro, o di altre cose fungibili, non debbono oltrepassare il sei per cento.

2) Nei frutti non si computa il rimborso di spese particolari, che l'imprestatore potesse dimostrare di aver fatte per eseguire l'impresito, nè una discreta ricompensa di lavori e servizi speciali, che egli potesse provare di aver fatti nell'interesse esclusivo di chi prese l'impresito. Non può esser fatta per altro valore per una simile spesa la provvisione pagata dall'imprestatore ad un terzo, da cui egli pigliò il capitale somministrato.

3) Non si guarda affatto alla forma, sotto la quale si ritirano i frutti.

4) Seguono poscia delle disposizioni sul modo di computare le prestazioni ritirate, secondo che queste consistono in danaro, od in altri oggetti.

5) La convenzione di frutti più alti è invalida, e l'eccesso già prestato si può ripetere dal debitore.

6) La pena del trapassamento consiste nel semplice di ciò che è stato ritirato di più. Nella prima, seconda, terza recidiva ec., la pena si eleva al duplo, al triplo, al quadruplo ec. L'usura per mestiere, oltre ad esser sottoposta a pena pe-

(1) Queste disposizioni sono state estratte dal progetto: ma nelle discussioni statuali non hanno sofferto alcuna alterazione essenziale.

cunaria, soggiace ancora all'arresto fino a tre mesi.

7) La legge non è applicabile.

a) alle persone, cui compete indefinita capacità di cambio (2).

b) agl'imprestati ad altre persone, allorchè ed in quanto nella conclusione del contratto il pagamento di una prestazione, che ecceda i limiti legali, sia stato dichiarato ammissibile dal capo locale dell'imprestatore per motivi particolari, che questi dee proporre in iscritto: nel qual caso bensì è riservato il ricorso al magistrato di polizia del circondario:

c) agl'imprestati, che vengano presi dallo Stato, o da una corporazione soggetta alla sorveglianza dello Stato, semprechè sieno stati approvati dai magistrati sorvegliatori:

d) agl'imprestati, che gli stabilimenti d'imprestito sottoposti a pubblica sorveglianza abbiano fatti in conformità dei loro statuti.

Giacchè la legislazione di Württemberg non seppe convincersi dell'inammissibilità di divieti penali contro l'usura in generale, ci sembra lodevole, che essa abbia almeno riposto l'intero tema nella provincia della polizia, e non lo abbia trattato nel codice penale, come si è fatto in Baviera, in Baden, in Assia, in Brunswick, e in Anover; avvegnacchè, dove si credano necessarie delle pene contro l'usura, non si può disputare del loro carattere di polizia.

All'opposto noi riputiamo inconveniente, che l'idea dell'usura si estenda ad affari, che non sono di semplice danaro; perocchè per sì fatta estensione si restringe il libero movimento de' cittadini anche più che con altre leggi sopra l'usura. Oltre di che il vero imprestito di cereali, di vino, e di altre derrate si presenta così di rado, che ci sembra provvedimento inefficace e doppiamente pericoloso l'applicarvi dei divieti penali, la cui giustizia è già sottoposta a dubbj così rilevanti anche nell'imprestito del danaro.

Vuolsi rendere omaggio di lode alla legge, quando dispone, che nel computo della misura del frutto si diffalchino le spese particolari dell'imprestatore, e gli si abbuonino le ricompense di servigj, fatti nell'interesse esclusivo del debitore: ma viceversa noi crediamo ingiusto l'eccettuare da questa regola la spesa

della provvisione data ad un terzo. E quando per sostenere sì fatta disposizione si dice, che senza di essa potrebbe eludersi troppo facilmente la legge, e che quegli, il quale è in grado d'imprestare un capitale mediante il dispendio d'una provvisione anche lecita, è un mediatore sospetto; si adducono dei motivi, che non sono in alcuna maniera giustificati. Il caso, che sia prestato danaro per terza mano, è frequente. Ambedue le parti, debitore e creditore, possono avere buone ragioni di procedere in questomodo, senza che l'uno o l'altro si renda sospetto. E quando si possa provare, che il mutuante, con scienza del mutuuario, ha preso il danaro da altra mano, e che paga perciò una provvisione, di cui gli è stato promesso il risarcimento, si viene ad esercitare una tutela inutile sul debitore, dichiarando, che l'affare non solamente è invalido, ma ancora soggetto a pena, mentre i contraenti hanno trovato conveniente di coacervare coi frutti la detta provvisione.

Poco del pari noi sapremmo commendare le disposizioni riferite sotto num. 7, le quali palesemente si propongono di rimuovere le obiezioni, a cui soggiacciono in generale le leggi contro l'usura. La distinzione fra persone capaci ed incapaci di cambio imprime sopra un'intera classe di individui stimabili, ed abilissimi a conchiudere ogni specie di affari, il pubblico marchio della semplicità; non è adattata al grado di civiltà, in cui si trovano i nostri cittadini, artigiani, e campagnuoli; riposa sopra le condizioni essenzialmente diverse dei tempi andati; e dee nell'applicazione condurre a risultati singolari. Mentre in fatti al basso impiegato, che si ritrova sovente in ristrettissime circostanze, e ad un mercelajo di campagna, il cui intero capitale consiste forse in venticinque fiorini si può prestare a quella ragione, che aggrada, la legge protegge senza bisogno il possessore di vaste tenute, e colui, che senza esser mercante, o letterato, vive del suo danaro, ed intende con esso di passarsela il meglio possibile, del pari che l'artigiano, che lavora con dieci o venti garzoni.

Qual linea di confine si debba tirare fra l'artigiano e il fabbricante, non si sa vedere. Noi presupponiamo certamente, che il fabbricante si debba intendere al di sotto del mercante e del negoziante: ma non sappiamo poi, se la differenza fra artigiano e fabbricante debba esser determinata solamente dal nome arbitrariamente scelto, o dal numero de' lavo-

(1) Conf. il fascicolo aggiunto all'anno 1840 dell'archivio di diritto criminale p. 79, in nota.

ranti (garzoni), o dalla specie del lavoro, o da qualche altra cosa. Una difforme maniera di sentenziare potrebbe esser dunque la conseguenza dell'applicazione della legge. Né si potrà rendere un'adequata ragione del perchè lo scrivano d'un pubblico ufficio, ed altri bassi impiegati non debbano esser protetti contro il trapassamento del *maximum* legale del frutto, mentre è proibito sotto sanzione penale di prendere dal parroco del luogo più del sei per cento.

Comparazioni di tal natura, da far risultare l'inopportunità della disposizione, onde teniamo discorso, si potrebbero moltiplicare a piacere: ma noi ci volgeremo piuttosto all'altra eccezione menzionata nello stesso num. 7 sotto lettera b.

Fu già notato, che ogni tutela inutile è ingiusta, e che il troppo governare è nocivo. Secondo lo stato presente dell'istruzione popolare, e della civilizzazione, che ne procede, si deve ammettere, che ogni cittadino maggiore, quando goda della libertà di volere, sia in grado di presiedere da sé medesimo ai propri affari, e di ponderare ciò che gli giova, meglio che una persona pubblicamente incaricata, ignara delle capacità, delle forze, e delle relazioni individuali ed economiche di lui. Sebbene in fatti una tal persona abbia meritamente ricevuto dallo Stato quella pubblica testimonianza d'intelligenza, pure in molti casi almeno non ha il tempo di acquistare la debita familiarità con tutte quelle circostanze, la cui valutazione è necessaria per esercitare una tutela di questa sorte. E se tal difficoltà si può sollevare contro gli impiegati superiori della giustizia e dell'amministrazione, quanto sarà più giustificata rispetto alla citata disposizione del codice di polizia penale di Württemberg, in virtù della quale dee competere al capo del luogo il decidere, se per taluno sia utile, o no, il pagare in un dato caso un frutto maggiore del sei per cento?

Nol ripuliamo, che la detta disposizione non sia adattata a far conseguire lo scopo desiderato. Nei luoghi grossi si ritrovano dei capi meno informati delle relazioni personali e patrimoniali, e i capi de' luoghi piccoli sono d'ordinario meno qualificati. Ma supposto ancora, che essi possedessero tutta l'abilità necessaria ad intraprendere una così delicata *causae cognitio* (il che avverrà di rado a riguardo del gran proprietario, del fabbricante, o del parroco, perchè i contatti del borgomastro, o dello scoltetto, sono affatto diversi da quelli delle

nominate persone); non ostante o l'investigazione sarà fatta superficialmente, e soltanto per apparenza, e la decisione riuscirà conseguentemente arbitraria, o dal procedimento deriveranno altri pregiudizj, a cui la legislazione non dovrebbe, senza urgenti motivi, esporre i suoi cittadini. Noi alludiamo al penetrare nelle relazioni patrimoniali e domestiche delle persone bisognose di danaro il che in molti casi, non ostante la maggior coscienza degli investigatori, può aver conseguenze molto più pregiudicevoli del pagamento di qualche cosa di più del *maximum* legale del frutto. E quanto non sarà dispiacevole la situazione di colui, che con l'imprestare danaro vuole intraprendere un affare, del quale non v'ha alcuno, che renda conto volentieri, se dee palesare il suo stato patrimoniale, e forse tutto l'interno della propria famiglia ad un magistrato locale, in cui non ripone per avventura l'intera sua confidenza? E chi vorrebbe un prestito, per dar opera ad utili intraprendimenti, non potrà rimaner disturbato dalla *causae cognitio*, o distolto, per timore di un simile procedimento, dal prendere il capitale desiderato? E l'avversione, che molti avranno per le disposizioni della legge, non promuoverà, al pari delle proibizioni assolute dell'usura, i contratti simulati? Converrà poi, che un diritto di tanta importanza sia nelle mani del capo locale, a cui, per quanto si può desumere dall'estratto dell'ordinanza di Württemberg, che abbiamo sott'occhio, non può esser prestato danaro neppure per la sua persona ad un frutto maggiore del sei per cento? Perciò finalmente, che riguarda il diritto di ricorrere al magistrato di polizia del circondario contro il rifiuto del capo locale, noi ripetiamo, che questo rimedio sarà di ben poca efficacia; perchè simili affari di danaro hanno bisogno per ordinario di gran sollecitudine, e perciò il tempo che si consumerà nel ricorso, farà frequentemente svanire l'interesse dell'una, o dell'altra parte.

La quantità delle pene, comminate nella legge, ci sembra adattata al carattere d'un reato di polizia; ma dobbiamo per altro qui rammentare ciò che si è detto di sopra. Qual effetto produrrà la pena del duplo o del triplo contro un vero usuraio, che ha saputo per così lungo tempo schivare la pena del decuplo? E, mentre è sì difficile il scoprire l'usura, quanto di rado si potrà applicare la massima pena di tre mesi di carcere all'usura per mestiere?

## §. 20.

Indipendentemente da quello, che dal §. 1 fino al §. 13 abbiamo detto in generale intorno all'ingiustizia ed alla inopportunità delle leggi in materia d'usura, risulta dall'oscillazione delle leggi moderne intorno a ciò, che si dee punire, o no, come usura, e dalle altre disposizioni molto contraddittorie fra loro, che il legislatore si pone evidentemente in quegli imbarazzi medesimi (1), che sempre incontra, ogni qual volta minaccia di pena un'azione, che secondo i principj generali non è punibile, ma solamente immorale in certe circostanze.

Anche gli esempj d'Austria ed di Francia ci conducono ad abbracciare una diversa opinione. Vi sono certi mali, a cui la legislazione non può riparare, ed il preteso rimedio dei quali non fa che aprire la porta ad altri inconvenienti. Ciò singolarmente accade, come abbiamo dimostrato, in materia d'usura.

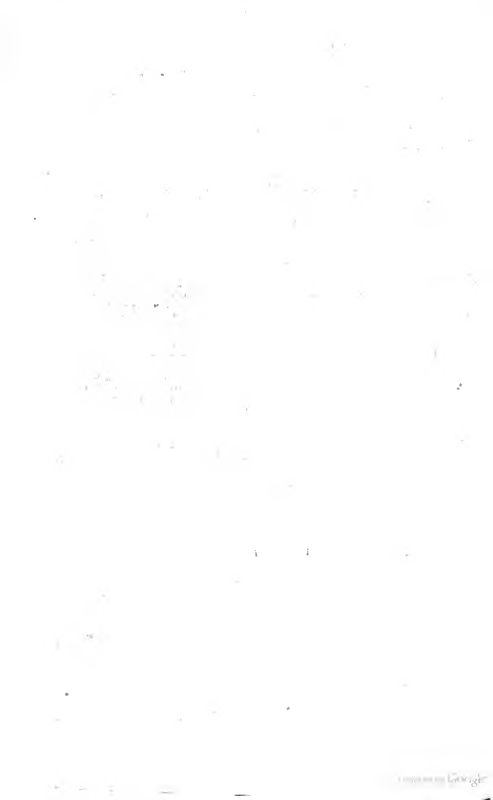
(1) Il §. 233. del codice austriaco delle gravi trasgressioni di polizia dice rispetto all'usura: « Tutti i contratti usurarij si debbono considerare come gravi trasgressioni di polizia contro la sicurezza della proprietà. Ma siccome l'usura prende tante forme diverse, e per mascherarla e nascondela suole impiegarsi tanta astuzia, che rende molto implicata e lunga l'investigazione; così il processo contro questa trasgressione è commesso ad una speciale magistratura, secondo le norme contenute in una patente pubblicata a parte ».

Le antiche leggi austriache su questo proposito furono abrogate, perchè si vide, che erano vere sorgenti di pressurre usurarie (2); ma più tardi si richiamarono in vita sotto altra forma. Se adesso in Austria viene esercitata minore usura di prima, noi siamo convinti, che questo felice risultato non sia conseguenza della patente, pubblicata a parte su di questa trasgressione, ma bensì del miglioramento amministrativi, introdotti in quell'impero, come da per tutto.

Noi concluderemo il nostro discorso osservando, che in virtù delle addotte ragioni reputiamo inopportuni tutti quanti i divieti penali dell'usura: ma che, quando pur si vogliano pubblicar delle leggi in materia, ci sembra necessario inserirle nel codice di polizia penale, e separare rigorosamente la frode dall'usura, come azioni affatto diverse fra loro; che non si può immaginare altra linea di confine fra l'usura punibile e la non punibile, che il semplice trapassamento del *maximum* legale del frutto, che la pretesa tutela di alcune classi di cittadini è contraria allo spirito del tempo, non meno che al grado della civiltà presente; e che, se non si può convincere della convenienza di rifiutare ogni comminazione penale contro l'usura, meriterebbe di essere principalmente limitata la legge francese del 3 Settembre 1807.

(2) *Zeitley Contribuzioni alla giurisprudenza* t. II. p. 170.

F I N E.



# INDICE

## DEGLI SCRITTI CONTENUTI IN QUESTO TOMO

|       |                                                                                                                                                                                          |     |
|-------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I.    | Sul risultato di alcune moderne investigazioni sopra l'imputazione degli stati dubbiosi dell'animo. Osservazioni di Mittermaier . . . pag.                                               | 5   |
| II.   | Contribuzioni di Mittermaier alla dottrina dell'infanticidio . . . »                                                                                                                     | 16  |
|       | §. 1. Punto di vista del comun diritto criminale germanico intorno all'infanticidio . . . »                                                                                              | 16  |
|       | §. 2. Sviluppo dell'opinione, ricevuta nella pratica . . . »                                                                                                                             | 19  |
|       | §. 3. Punto di vista per la retta estimazione dell'infanticidio . . . »                                                                                                                  | 21  |
|       | §. 4. Massime delle moderne legislazioni . . . »                                                                                                                                         | 23  |
|       | §. 5. Esame della giustizia della pena capitale, come ordinaria dell'infanticidio . . . »                                                                                                | 25  |
|       | §. 6. Esame delle disposizioni penali delle legislazioni germaniche . . . »                                                                                                              | 27  |
|       | §. 7. Dell'essenza di fatto dell'infanticidio, specialmente riaperta alla questione, con cui si ricerca, qual sia il bambino, che dee considerarsi come nato di fresco . . . »           | 29  |
|       | §. 8. Vitalità del fanciullo . . . »                                                                                                                                                     | 33  |
|       | §. 9. Dell'occultazione della gravidanza e del parto . . . »                                                                                                                             | 35  |
|       | §. 10. Del requisito, che l'infante sia nato vivo . . . »                                                                                                                                | 36  |
|       | §. 11. Generali considerazioni da aversi nell'esaminare le cause di morte . . . »                                                                                                        | 44  |
|       | §. 12. Riflessioni sulle lesioni, che si trovano sul capo dei bambini, e sulla loro caduta . . . »                                                                                       | 46  |
|       | §. 13. Alcune moderne osservazioni sopra certi fenomeni, sovente considerati come segni di fatta violenza . . . »                                                                        | 49  |
|       | §. 14. Osservazioni sulla specie di morte per soffocazione . . . »                                                                                                                       | 50  |
|       | §. 15. Del giudizio delle cause di morte, che possono aver luogo per negligenza della madre, od anche senza sua colpa . . . »                                                            | 51  |
| III.  | Della prova dell'eccezione della verità di un'inculpazione, e dell'influenza, che esercita nel giudizio criminale: dissertazione di Mittermaier . . . »                                  | 55  |
|       | §. I. Considerazioni generali, che debbono guidare i legislatori ed i giudici in questa dottrina. Formazione delle diverse opinioni nel diritto comune e nelle nuove legislazioni. . . » | 56  |
|       | §. II. Ragioni contrarie alla prova della verità . . . »                                                                                                                                 | 62  |
|       | §. III. Ragioni favorevoli alla prova della verità . . . »                                                                                                                               | 63  |
|       | §. IV. Limitazioni del diritto di fornire la prova della verità . . . »                                                                                                                  | 65  |
|       | §. V. Diffusione di fatti veri, considerati come ingiuria punibile »                                                                                                                     | 69  |
|       | §. VI. Influenza della buona fede, con la quale uno reputa vera una manifestazione — Diffusione di voci pregiudicevoli . . . »                                                           | 70  |
| IV.   | Della prova indiziaria nelle cause criminali: dissertazione di Kleinschrod . . . »                                                                                                       | 73  |
| V.    | Del dolo generale: dissertazione di Mittermaier . . . »                                                                                                                                  | 86  |
| VI.   | Dell'imputazione dei pazzi nel lodo intervallo: dissertazione di Friedreich . . . »                                                                                                      | 93  |
| VII.  | Sopra lo stato presente della dottrina del delitto tentato: dissertazione di Hepp . . . »                                                                                                | 98  |
| VIII. | Intorno alla dottrina del favoreggiamento dei delitti: dissertazione di Sauder . . . »                                                                                                   | 122 |
|       | §. 1. Introduzione . . . »                                                                                                                                                               | 122 |
|       | §. 2. Disposizioni del diritto romano, rispetto al favoreggiamento »                                                                                                                     | 123 |
|       | §. 3. Disposizioni della Carolina intorno al favoreggiamento . . . »                                                                                                                     | 123 |
|       | §. 4. Se il favoreggiamento possa in generale riguardarsi come un atto punibile . . . »                                                                                                  | 124 |
|       | §. 5. Se i favoreggiamenti si debbono riguardare, come partecipazioni al delitto commesso, o come atti eriminosi particolari . . . »                                                     | 125 |
|       | §. 6. Essenza di fatto del favoreggiamento, secondo i dottori e le leggi moderne . . . »                                                                                                 | 127 |
|       | §. 7. Osservazioni sopra le predette determinazioni . . . »                                                                                                                              | 127 |
|       | §. 8. Pena del favoreggiamento, secondo i dottori e le leggi moderne . . . »                                                                                                             | 131 |
|       | §. 9. Tentativo per fissar la natura »                                                                                                                                                   | 131 |

|                                                                                                                                                                                  |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| la essenza di fatto del favoreggia-<br>mento nei delitti . . . . .                                                                                                               | 133        |
| §. 10. Pena del favoreggiamento . . . . .                                                                                                                                        | 139        |
| §. 11. Idea della ricettazione delle<br>cose furtive per mestiere . . . . .                                                                                                      | 141        |
| §. 12. Pena della ricettazione . . . . .                                                                                                                                         | 142        |
| <u>IX. Dell' occultazione della gravidanza<br/>e del parto, come requisito del-<br/>l' essenza di fatto dell' infanticidio: dissertazione di Warchter . . . . .</u>              | <u>144</u> |
| <u>X. Del duello, secondo il comun dirit-<br/>to germanico, e le moderne legi-<br/>slazioni: dissertazione di Mitter-<br/>maier . . . . .</u>                                    | <u>151</u> |
| §. 1. Del duello secondo il comun<br>diritto germanico . . . . .                                                                                                                 | ivi        |
| §. 2. Principj delle moderne legisla-<br>zioni intorno al duello. . . . .                                                                                                        | 157        |
| §. 3. Considerazioni legislative . . . . .                                                                                                                                       | 163        |
| <u>XI. Intorno all' essenza di fatto della<br/>lesione corporale, e del danneg-<br/>giamento della salute: disserta-<br/>zione di von Jagemann . . . . .</u>                     | <u>167</u> |
| <u>XII. Intorno alla ricerca della speciale<br/>nella lesione corporale, e nel dan-<br/>neggiamento della salute: dis-<br/>sertazione di von Jagemann . . . . .</u>              | <u>183</u> |
| <u>XIII. Della consumazione del furto, se-<br/>condo il diritto comune, e le più<br/>moderne legislazioni penali ger-<br/>maniche: dissertazione di Wae-<br/>chter . . . . .</u> | <u>192</u> |
| <u>XIV. Dell' idea o dell' essenza del furto<br/>della cosa trovata: dissertazione<br/>di Scheuch . . . . .</u>                                                                  | <u>203</u> |
| §. 1. Posizione della questione . . . . .                                                                                                                                        | ivi        |
| §. 2. Nozione del trovamento . . . . .                                                                                                                                           | 205        |
| §. 3. Critica delle opinioni, riferite<br>nel §. 1. . . . .                                                                                                                      | 206        |
| §. 4. Continuazione . . . . .                                                                                                                                                    | 208        |
| §. 5. Modalità dell' azione del furto<br>della cosa trovata . . . . .                                                                                                            | 210        |
| §. 6. Continuazione . . . . .                                                                                                                                                    | 212        |
| §. 7. Indole delittuosa e nozione del<br>furto di oggetti trovati, breve-<br>mente raccolta come consequen-<br>za di tutto il ragionamento . . . . .                             | 213        |
| <u>XV. Dei limiti, che separano la frode ci-<br/>vile dalla criminale: dissertazio-<br/>ne di Grib . . . . .</u>                                                                 | <u>218</u> |
| <u>XVI. Sul divieto penale dell' usura: ri-<br/>flessioni di Hesse . . . . .</u>                                                                                                 | <u>235</u> |

F I N E.

575863